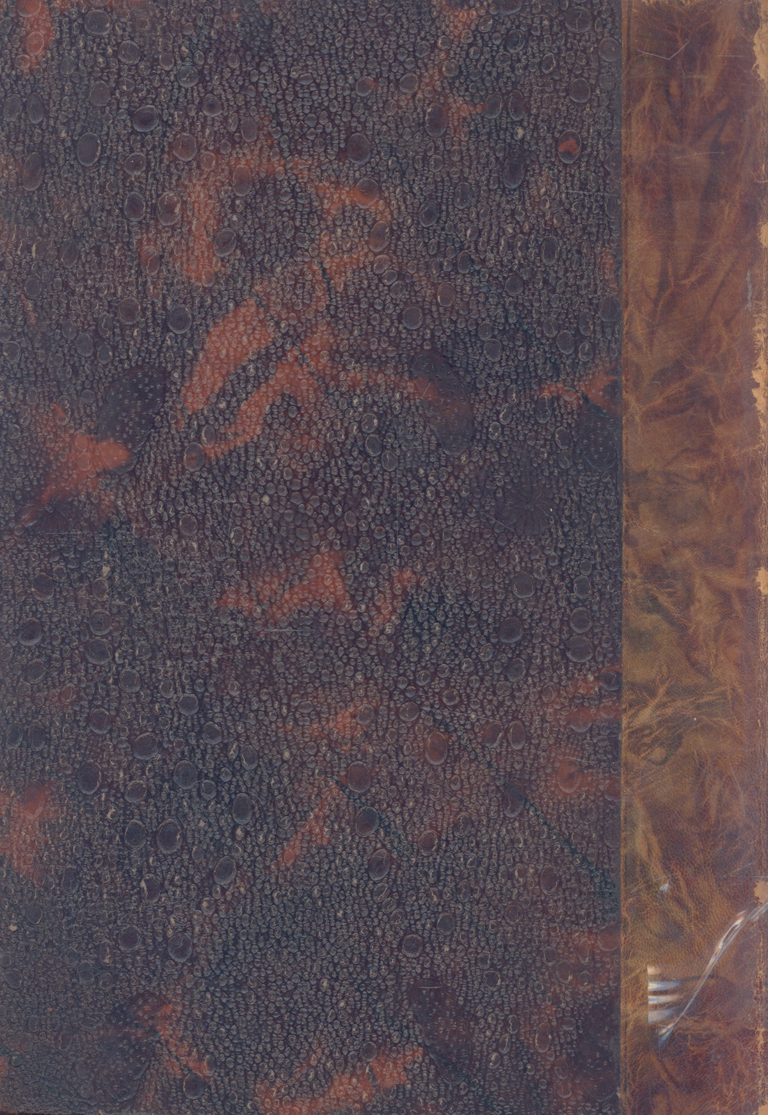


الدكتور محمد عبد المنعم بدر

أستاذ القانون الرومانى

بكلية الحقوق

القانون الرومانى

دار النشر الحديث

١٩٣٧

الكتاب الأول

فى

الأشخاص

الارقاء . العتقاء . المشبهون بالرقيق ، الوطنيون ، اللاتينيون ، الأجانب ، المستقلون بحقوقهم ، التابعون لغيرهم ، السلطة الأبوية ومصادرها : التبنى ، الزواج ، منح البنوة الشرعية . الوصاية والقوامة . زوال الشخصية القانونية أو الموت المدنى ، نظرية الأشخاص القانونية أو المعنوية .



مقدمة

١ — *معنى كلمة* (persona) : يعبر عن الشخص فى اللغة القانونية بأحد لفظين : الأول منهما، وأقدمهما استعمالا، هو (caput) وهو يفيد لغة الرأس ، ومن هذا المعنى أطلق على الشخص بأكمله لاحتواء الرأس على أثمن شيء في الانسان وهو العقل . وثانيهما هو (persona) وهو يفيد فى الأصل القناع الذى يلبسه الممثل (١). ومن هذا المعنى اشتق معنى الشخصية أو الدور الذى يلعبه الممثل فى الرواية ، ومن هذا المعنى الأخير اشتق المعنى القانونى للفظ (persona) فصار يطلق على من كان أهلا لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات ، تلك الأهلية التى يعبر عنها في الوقت الحاضر بالشخصية القانونية (personnalité).

٢ — *الاشخاص القانونية* — لاتكون الشخصية كقاعدة عامة إلا للانسان ، لا لحيوان أو لجماد . إلا أنها قد تمنح من طريق المجاز لجمع من الأشخاص، كبعض الهيئات الحكومية أو الدينية ، فيصبح لهذه الهيئة كيان قانونى مستقل عن أشخاص أعضائها ، وتكون لها أهلية التملك والتعاقد والالتزام . ويطلق عليها لتمييزها عن الانسان في روما عبارة (universitates) ، ويعبر عنها في الوقت الحاضر بالأشخاص الاعتبارية أو القانونية أو المعنوية

٣ — *كيف تبدأ الشخصية وكيف تنتهى* — تبدأ الشخصية ، كقاعدة عامة، بولادة الشخص، وتنتهى بوفاته إلا أن لهذه القاعدة استثناءات :

أولها — قد تخلق قبل الولادة فيعتبر الحمل كالمولود متى اقتضت مصلحته ذلك

(١) انظر كلمة (persona) فى معجم اللغة اللاتينية فى مؤلف :
Ernout et Meillet. «Dictionnaire étymologique de la langue latine»,

ولهذا الاستثناء عدة تطبيقات أهمها فى باب المواريث، فيعتبر الحمل وارثاً إذا مات مورثه وقت الحمل، لكن بشرط أن يولد حياً .

ثانيها — قد تزول الشخصية ، قبل وفاة الانسان، بزوال عنصر من عناصرها كالحرية أو الوطنية وهو ما يعبر عنه بالموت المدنى (capitis deminutio) .

ثالثها — قد تمتد الشخصية إلى ما بعد الموت فالتركة الشاغرة (hérédité jacente) الى أن تقبلها الورثة تعتبر على ذمة المتوفى، كما لو كان حياً حتى لا تبقى من غير مالك في الفترة القائمة بين وفاة المورث وقبول الورثة .

٤ — **عناصر الشخصية** — لم تكن الشخصية فى روما خلافاً للقوانين العصرية لكل انسان، بل كانت امتيازاً للرومان دون سواهم، شأنهم فى ذلك شأن جميع الشعوب القديمة ، وكان يشترط لكمال الشخصية القانونية في الانسان توافر عناصر ثلاثة :

١ — الحرية بأن يكون حراً لا رقيقاً

٢ — الرعوية الرومانية بأن يكون وطنياً لا أجنبياً

٣ — وأخيراً أن يكون رب أسرة أى مستقلا بحقوقه (sui juris) ، غير خاضع لغيره .

٥ — **حالات الشخصية** : فكل عنصر من هذه العناصر الثلاثة يكون حالة خاصة (status) : حالة الحرية (status libertatis) ؛ حالة الوطنية (status civitatis) ، الحالة العائلية (status familiae) . ومتى اجتمعت هذه الحالات الثلاث فى انسان كانت له الشخصية الكاملة .

واذا فقد احداها فقد معها شخصيته كلها أو بعضها وهو ما يعبر عنه بالموت المدنى (capitis deminutio)

٦ — **أهلية الوجوب وأهلية الاداء** : فاجتماع هذه العناصر الثلاثة فى شخص يكسبه أهلية الوجوب أى أهليته لأن يكون له حق أو عليه واجب، الا أنه قد يكون الانسان متمتعا بأهلية الوجوب، ولكنه محروم بسبب صغر سنه أو جنسه أو حالته العقلية من استعمال حقوقه والتصرف في أمواله وتأدية واجباته، وهو ما يعبر عنه بأهلية

الأداء (capacité de fait) أو (capacité d'exercice) الأمر الذى يستلزم أن ينصب عليه وصى أو قيم يتولى عنه ادارة أمواله وتنفيذ التزاماته .

تقسيم : — من هذا نتبين بأن موضوع دراستنا للأشخاص يشمل :

بابا أول — في الحرية أو بالأحرى الكلام على الرق فى روما .

بابا ثانيا — فى الوطنية بما فى ذلك الكلام على حالة الرومانى واللاتينى والأجنبى.

بابا ثالثا — فى العائلة .

وبهذا نكون قد شرحنا عناصر الشخصية الثلاثة ولكنا لاستكمال دراسة الأشخاص سنردفه

بباب رابع — فى القوامة والوصاية ثم نشرح بعض النظريات العامة فنخصص :

بابا خامسا — فى زوال الشخصية القانونية أو الموت المدنى.

بابا سادسا — فى نظرية الأشخاص القانونية أو المعنوية .

الباب الأول

في الحرية — الرق[1]

LE STATUS LIBERTATIS — L'ESCLAVAGE

تمهيد : ينقسم الأفراد بالنسبة لحالة الحرية إلى قسمين : أحرار وأرقاء ، والأحرار ينقسمون بدورهم إلى قسمين :قسم يشمل الأشخاص الذين ولدوا وعاشوا أحرارا ، وهم الأحرار الأصلاء(ingénus) ، وقسم يشمل الأشخاص الذين صاروا أحراراً ، وكانوا فى الأصل أرقاء ، وهم العتقاء(affranchis) ، وأخيراً هناك طبقة أخرى من الأشخاص لا هم بالأحرار ولا بالأرقاء ، بل هم فى حالة وسطى بين الاثنين ويطلق عليهم للتقريب بأنصاف الأحرار(demi-libres) أو المشبهين بالرقيق ، لذلك سنقسم هذا الباب إلى فصول ثلاثة :

الفصل الأول : فى الأرقاء .

الفصل الثانى : فى العتقاء .

الفصل الثالث : فى المشبهين بالرقيق .

---

(١) براجع للتوسع فى الرق المؤلفات الآتية :

Wallon, «Histoire de l'esclavage dans l'antiquité, » 2éme édition, 1879; Marquardt, «La vie privée des romains», p. 205; Buckland, The roman law of slavery, Cambridge, 1908; Salomon, l' esclavage en droit comparé, juif et romain, 1931; Lévy — Bruhl, Esquisse d' une théorie sociologique de l'esclavage a Rome, 1931; et l' origine de l' esclavage romain, 1931; Halkin, Les esclaves publics chez les Romains, 1933.

الفصل الاول

الارقاء

المبحث الأول ـ فى تعريف الرق وأصل مشروعيته

٧ — **تعريف الرق** : يمكن تحليل حالة الرق بأنها عبارة عن حق ملكية يعترف به القانون لشخص على آخر . فالرقيق يمكن تعريفه بأنه من كان مملوكا لغيره ، وعلى النقيض من ذلك فالشخص الحر هو من لا يخضع للملكية غيره .

٨ — **أصل الرق ومشروعيته** : (شيوع نظام الرق فى الشعوب القديمة) كان الرق نظاماً أساسياً فى حياة الأمم القديمة ، بل يمكننا القول بأن كيانها الاقتصادى والاجتماعى كان مشيداً على هذا النظام . كما أن كيان الأمم الحديثة قائم على نظام رأس المال (capitalisme) . وكان الرق عاماً فى جميع الشعوب القديمة معترفاً به من جميع الفلاسفة والفقهاء فى العصر القديم ، باعتباره نظاماً ضرورياً لا يمكن تصور قيام العالم بدونه .

٩ — **رأى الفلاسفة** : فيقرر أرسطو (Aristote) أكبر فلاسفة اليونان بأن الرق نظام مطابق للطبيعة . ويعتبره شيشرون (Cicero) نظاماً ضروريا ، ولا يرى سينيك (Sénèque) أحد فلاسفة الرومان فى نظام الرق أى غضاضة بل يزيد بأن الحرية إنما هى حالة نفسانية من حالات الضمير ، فالعبد إذا كان عاقلا يمكنه أن يعيش حراً فى الواقع ، إذ العبد الحقيقى هو من كان طوع شهواته وأسير أهوائه .

١٠ — **رأى فقهاء الرومان فى العصر العلمى** : إلا أن هذا الرأى الذى يسلم بمشروعية الرق على إطلاقه لم يقبله فقهاء الرومان فى العصر العلمى ، بل فضلوا الأخذ برأى أفلاطون (Platon) وغيره من فلاسفة اليونان الذين كانوا يعتبرون الرق — بالرغم من اعترافهم بضرورته لنظامهم الاجتماعى — مخالفاً للطبيعة إذ خلق الله الناس أحراراً : ومن ثم فأنهم بينما يقولون بأن الرق مخالف لقوانين الطبيعة ،

نراهم يدخلونه ضمن النظم التابعة لقانون الشعوب (jus gentium) ، باعتباره نظاماً مقرراً معمولا بهفى جميع الشعوبالمعاصرة . وقداستمد جوستنيان من هذا الرأى تعريفه للرق الوارد فى النظم (Institutes) وفىالموسوعات (Digeste) (١) حيث يعرفه بأنه « نظام من نظم قانون الشعوب ، بمقتضاه قد يخضع شخص لملكية شخصآخر، خلافاً لمبادىء الطبيعة » .

١١ — **أصل الرق فى قانون الحروب** : — وقد حاول هؤلاء الفقهاء تبرير نشأته بقانونالحروب. فقالوا بأنالمنتصرلما كانلهالحقفى قتل عدوهالمهزوم كان لهمن بابأولى استعبادهوتملكه . إلا أن هذا التعليل معيب من وجهة المنطق البحت،لجعله حق المنتصر فى استعباد عدوه وتملكه نتيجة لحقه فى قتله ، مع أنحقه فى قتله يستلزم ابتداء حقه في الملكية ، إذ لا يملك الانسان حق التصرف فى شىء من الأشياء باعدامه إلا إذا كان مملوكا له من قبل . لذلك نرى بأن أصل مشروعية الرق إنما يرجعللبدأ المتبع فى الحروب القديمة ، والذى يخول للمنتصرالحقفي تملك كل ما تقع عليه يده ، لا فرق فى ذلك ما بين شخص عدوه المهزوم أو أمواله .

على أن رأى فقهاء الرومان ، وإن كان معيباً منطقيا ، فانه يقرر حقيقة تاريخية ثابتة،وهى أن الرق نشأ مع قيام الحروب، فكان المنتصر فىالابتداء يقتلعدوه بدلا من استرقاقه لعدم تفكيره فى الانتفاع به واستخدامه . ثم لما تطور الانسان فكف عن النقل والترحال ، واستوطن أرضاً معينة قام بزراعتها ورعاية ما شيته عليها شعر بالحاجة إلى استخدام الأسرى فى الزراعة والرعىبدلا من قتلهم .

والآن وقدعرفنا الرق ، ورأينا مشروعيته وأصل نشأته . فسندرس فى مبحث تال أسباب الرق أو كيف يصير الانسان رقيقاً .

---

(١) Digeste. i-5,4,1 Institutes. i, 3, 2.

المبحث الثانى — فى أسباب الرق (١)

ترجع أسباب الرق إلى اعتبارات شتى أهمها الولادة والأسر، وكلاهما تابع لقانون الشعوب .

١٢— ١- **الولادة** : فأولاد المرأة الرقيقة يولدون أرقاء، أى أن الابن يتبع أمه فيما يتعلق بحالة الحرية فابن الحرة حر، ولو كان أبوه عبداً، لأن القانون لا يعترف بزواج العبد . كذلك ابن الرقيقة يولد عبداً، ولو كان أبوه حراً. وعليه فالابن لا يتبع حالة أبيه إلا في الزواج الشرعي، وهو الذى يكون بين شخصين حرين . والعبرة فى الحرية وعدمها بوقت الولادة إلا أنه تبعاً للقاعدة القائلة بأن الحمل يعتبر مولودا فيما كان له فيه فائدة يعتبر وليد الرقيقة حراً متى كانت أمه حرة ولو لحظة قصيرة في أثناء الحمل (٢)

١٣— ٢- **الأسر** : وهو سبب من أسباب الرق تبعاً لقانون الشعوب . فالأسرى الذين تستولى عليهم الجيوش الرومانية في الحرب يصبحون ملكا للدولة فهم عبيد عموميون، إلا أن الدولة لا تبقى أسراها بل تقوم ببيعهم . ويلحق بأسرى الحرب فى هذا الحكم الأجانب الذين لا تربطهم بروما معاهدة، فليس لهم حقوق أمام الرومان ولأى قادم أن يستحوذ عليهم كما يتملك شيئاً لا صاحب له. (٣)

١٤ — ٣- **أسباب ثانوية للرق** : وهناك أسباب ثانوية بالقانون الرومانى وهى تختلف في العصر الجمهورى عنها فى العصر الامبراطورى.

---

(١) راجع Levy - Bruhl, « Esquisse d'une théorie sociologique de l'esclavage à Rome» 1931, pp. 8-9,p 12,— Duff. «Freedmen in the early roman empire» 1928 pp, 1—10

(٢) Digeste, i, 5, fr5, Marcien

(٣) راجع جيرار ، طبعة ١٩٢٩ ، صفحة ١١١ — ومونييه . (Monier) ، طبعة ١٩٣٤، الجزء الاول ، صفحة ٢٥٦ .

فى العصر الجمهورى — . فالقانون القديم يذكر أحوالا معينة يفقد فيها الرومانى حريته ويصير رقيقاً . ولكن يلاحظ، فى كل هذه الأحوال، فكرة سامية، وهى أن الرومانى لا يمكن أن يصير رقيقاً فى نفس البلد التى عاش فيها حراً، ولذلك فالرومانى الذى يصير رقيقاً يسلم خارج روما (trans Tiberim) إما بواسطة القاضى أو الشخص الذى يخوله القانون حق بيعه كذلك : —

١ — فللقاضى أن يبيع خارج روما الرومانى الذى لم يقيد اسمه فى قوائم التعداد (Cens) أو الذى يهرب من الحرب أو من التجنيد .

٢ — للأب أن يبيع أولاده خارج روما باعتبارهم أرقاء .

٣ — للدائن أن يبيع مدينه المعسر خارج روما .

٤ — للمسروق منه إذا ضبط الفاعل حال تلبسه بالسرقة أن يبيعه كعبد خارج روما .

٥ — للقاضى باعتباره ممثلا للدولة أن يسلم الرومانى الذى اعتدى على دولة أجنبية موالية لروما

فى العصر الامبراطورى : ولكن هذه الأسباب ما عدا السرقة ألغيت من القانون الامبراطورى واستبدلت بأسباب أخرى روعيت فيها فكرة العقوبة أهمها ما يأتى :

١ — يقضى منشور البريتور بمعاقبة الشخص الذى يتواطأ مع غيره على أن يبيعه هذا الغير باعتباره رقيقا حتى اذا ما تمت الصفقة استرد حريته وقاسم شريكه الثمن وذلك بحرمانه من دعوى استرداد الحرية واخضاعه لملكية المشترى (١) .

٢ — المحكوم عليهم بالاعدام وكذلك المحكوم عليهم بالأشغال الشاقة أو بمنازلة الأسود يفقدون حريتهم كعقوبة تبعية . ولكن ما هى مصلحة المحكوم عليه بالاعدام فى أن يموت حراً أو رقيقا ؟ أهمية السؤال تظهر بالنسبة

---

(١) راجع كيك، Cuq, Manuel des institutions juridiques des romains، طبعة ١٩٢٨ صفحة، ٧٨ —
Nicolau (M). Causa liberalis, 1933, pp 254 et s.

لورثته لانه فى حالة موته عبداً لا تكون هناك تركة بل تصادر أمواله لجهة الحكومة ، لذلك لوحظ في كثير من الأحوال أن المتهمين بأمر الامبراطور يلجأون لتوقعهم الحكم عليهم بالاعدام الى الانتحار قبل الحكم عليهم حتى يموتوا أحرارا وينقذون بذلك حقوق ورثتهم من الضياع (Dig. 48, 19 fr. 17,pr)

٣ — كذلك المرأة التى تستمر على معاشرة عبد رغم حظر سيده المكرر تصبح عبدة له . وقد ألغى هذا الحكم فى عصر جوستنيان

٤ — كذلك للمعتق أن يسترد معتوقه فى حالة جحود هذا الأخير .

المبحث الثالث — فى حالة الأرقاء

١٥ — **الرقيق شيء لا شخص** : يعتبر الرقيق كمبدأ عام شيئا من الأشياء (res) وليس بشخص (persona) فهو يدخل فى تكوين ثروة السيد، بل هو عنصر مهم من عناصرها وهو يعتبر من الأشياء النفيسة (res mancipi) للسيد عليه حق الملكية.

١٦ — **للسيد عليه حق الملكية** : بما في ذلك حق الاستعمال (usus) بالانتفاع بخدماته سواء داخل المنزل أو خارجه ؛ وحق الانتفاع (fructus) فأولاد الرقيقة ملك لسيدها ، وحق التصرف (abusus) فله أن يبيع عبده . وله أن ينبذه ولكن لا يتحرر العبد المنبوذ بمجرد تخلي سيده عنه، بل يعتبر عبداً بلا مالك لأى قادم أن يستحوذ عليه ويضمه لملكه ، وحق السيد فى التصرف فى عبده يشمل أيضا حقه فى اعدامه فله عليه حق الحياة والموت .

١٧ — **ليس للعبد عائلة** — يترتب أيضا على اعتباره شيئا أن ليس له عائلة، ومعاشرته الجنسية لا تعتبر زواجاً بل اختلاطا مادياً (contubernium) يدوم طالما أراد السيد ذلك، ويتوقف متى أراد السيد توقفه . والأولاد الذين يولدون من هذه المعاشرة لا ينتسبون للأم ولا للأب، وانما هم ملك للسيد، مثلهم فى ذلك كنتاج الدواب يصبح ملكا لمالك هذه الدواب.

١٨ — **ليس له مال أو ذمة** : يترتب أيضاً على هذا الاعتبار أن ليس للعبد مال فليس له أن يكتسب حقاً أو يلتزم بدين اذ لا شخصية له ، ولذا فلا يمكن أن تكون له تركة بعد وفاته، اذ الأموال التى قد يتركها ليست فى الواقع ملكه بل هى ملك سيده.

١٩ — **ليس له أن يقاضى أو يقاضى** . ليس له أن يقاضى غيره مدعياً أو مدافعاً ، فليس له أن يتظلم من قسوة سيده أو سوء معاملته له، واذا اعتدى عليه شخص آخر غير سيده فليس له أن يتظلم عن الضرر الذى لحقه من هذا الاعتداء، وانما لسيده وحده طلب التعويض لنفسه بعين الدعوى التى تكون فى حالة الاعتداء على أى شىء يملكه . واذا اعتدى العبد على آخر ، فلا ترفع عليه الدعوى مباشرة بل للمعتدى عليه أن يقاضى سيده ، ولهذا الأخير الخيار بين أن يدفع الغرامة المقررة عن الجريمة التى ارتكبها العبد وبين أن يتخلى عنه للمعتدى عليه لينتقم هذا الأخير لنفسه من شخص العبد . وتسمى هذه الدعوى بدعوى التخلى (action noxale) وهى نفس الدعوى التى ترفع على مالك الحيوان الذى يحدث ضرراً للغير والمسماة (action de pauperie)

٢٠ — **تحسن حالة العبد** : من هذا نتبين أن القانون الرومانى القديم تشدد فى تطبيق المبدأ القانونى باعتبار العبد شيئاً، وحرمه من كل مظهر من مظاهر الشخصية . غير أن هذا لا يمنع الحقيقة الثابتة، وهى أن العبد إنسان يتمتع كغيره بالعقل والتميز ، فطبيعة الأشياء ، والحالة هذه ، تقضى بتمييزه عن الجماد والحيوان . لذلك نرى الشراح فى العصر العلمى يصفون العلاقة بين السيد وعبده بنفس الوصف الذى يصفون به علاقة رب الأسرة بأولاده ، فالعبد خاضع لسلطة سيده (dominica potestas) وليس ملكا له (dominium) . ومثله فى ذلك مثل الابن فهو خاضع لسلطة رب أسرته (patria potestas) . وقد كان هذا الاعتبار سبباً فى تخفيف شدة المبدأ العام السابق بأنواع من الاستثناءات تقرر بعضها لمصلحة العبد ، وتقرر البعض الآخر لمصلحة السيد والغير وكان من نتيجة هذه الاستثناءات أن اعترف للرقيق بشىء من الشخصية .

٢١ — **النوع الاول لحماية شخصية العبد** : لم يهتم القانون الرومانى حتى نهاية القرن السادس (لانشاء روما) بحالة الرقيق، والسبب فى ذلك يرجع إلى أن

العبيد — نظراً لقلة عددهم فى الأصل — كانوا يعيشون مع السيد فى نفس المنزل يشاركونه حياته العائلية بما فى ذلك ديانته، ولا تختلف حالتهم فى الواقع كثيراً عن باقى أفراد العائلة ، ولكن ازدياد عددهم مع تتابع الفتوحات الجديدة ، واختلاف أجناسهم باختلاف الشعوب المقهورة أوجب إبعادهم عن المنزل ففصلوا عن الحياة المنزلية وساءت بذلك حالهم ، الأمر الذى أوجب تدخل الشارع لحمايتهم من قسوة السيد واستبداده فى استعمال سلطته(١) .

٢٢ — **الاعتراف بالقرابة بين الأرقاء** — اعترف القانون ببعض الأحكام للقرابة بين الأرقاء(cognatio servilis)فهى تعتبر مانعاً من موانع الزواج بين الأصول والفروع (إلا أن هذا الزواج لا يصبح زواجاً شرعياً ولا تنطبق عليه جميع أحكام الزواج إلا بعد العتق)، فيحرم زواج الأب من ابنته والأم من ابنها الخ . كذلك حرم على السيد بيع الأم دون الولد أو العكس حتى لا يفصل بينهما ، كما أوجب القانون مراعاة هذا الاعتبار عند القسمة . كذلك اعترف بالقرابة بين الأرقاء كسبب من أسباب الارث بين الأم وأولادها بعد العتق.

٢٣ — **حماية الرقيق من سوء معاملة** : تعددت القوانين فى عهد الامبراطورية بقصد حماية شخص الرقيق من سوء معاملة سيده له، فحرم على السيد اجبار عبده على منازلة الوحوش إلا بأذن من القاضى . كذلك يعاقب السيد الذى ينبذ عبده بسبب مرضه أو شيخوخته بحرمانه من ملكيته، ويتحرر بذلك العبد . كذلك يعاقب السيد بعقوبة القتل إذا قتل رقيقه بلا مبرر . وللقاضى فى حالة اساءة السيد معاملة رقيقه أن يتولى بيعه ويخرجه بذلك من سلطته . كذلك يفقد السيد ملكيته على عبده المولود حديثا إذا تخلى عنه ويصبح مالا مباحاً لمن يستحوذ عليه .

٢٤ — **النوع الثانى : الاعتراف بشخصية مقيدة للرقيق كأداة لاكتساب الحقوق لمصلحة سيده** : ليس للعبد أى شخصية قانونية، فليس له أن يباشر أى عمل من الأعمال القانونية بنفسه ، ولكن اعترف منذ القرن السادس لروما، بامكانه القيام ببعض الاعمال المكسبة للحقوق نيابة عن سيده، وهى الأعمال التى تصير سيده مالكا أو دائناً.

---

(١) راجع Duff السابق ذكره ص ١ — ١١

ولهذه القاعدة أهمية خاصة إذا لاحظنا أن القانون الرومانى القديم لا يسلم بالنيابة فى مباشرة الأعمال القانونية، بل يذهب القانون الرومانى إلى أن الشخص يجب عليه أن يباشر التصرف بنفسه ، إذا ما أراد أن ينتج آثاره فى شخصه، فلا يصح مباشرة عقد بواسطة شخص آخر ، والسبب فى ذلك يرجع إلى شكلية العقود فى روما، فالعقد لا ينعقد ولا ينتج آثاره إلا بالقيام باجراءات شكلية معينة ، فهو لا ينتج آثاره إلا بالنسبة لمن يقوم بهذه الاجراءات الشكلية . فاذا أناب شخص غيره، فى مباشرة عقد من العقود وقام هذا الاخير باجراءات العقد الشكلية، انعقد العقد وأنتج آثاره فى شخصه أى فى شخص الوكيل لا فى شخص الأصيل . هذا اذا كان الوكيل ذا شخصية قانونية، فاذا كان عديم الشخصية كالعبد مثلا ، بأن باشر العقد نيابة عن سيده ، فلا يمكن أن ينتج العقد آثاره فى شخصه لحرمانه من الشخصية بل تنتج هذه الآثار مباشرة فى شخص السيد. ويعتبر العبد فى هذه الحالة أنه قد استعار شخصية سيده فى مباشرة العقد ، الا أن هذا الحكم قاصر على التصرفات المكسبة للحقوق أى التى تزيد فى مال السيد وتحسن من حاله بأن تصيره مالكا أو دائناً .

غير أن هذه التصرفات محصورة محدودة، لأن أغلب التصرفات تقتضى تضحية من الطرفين، فكل منهما يقدم للآخر مقابلا لما يحصل عليه من الطرف الآخر، فمثلا فى البيع يقدم البائع المبيع ويقدم المشترى الثمن ، فقصر القاعدة السابقة على التصرفات النافعة للسيد نفعاً محضاً يخرج أهم أنواع المعاملات من دائرة تطبيق هذه القاعدة، ويحرم السيد من استخدام عبده فى القيام بها . لذلك تدخل البريتور (١) فأيد هذه التصرفات والزم السيد بها متى باشرها العبد بموافقة سيده، أو بتصريح منه .

الا أن التزام السيد يختلف باختلاف حالين :

٢٥ — **الحالة الاولى** : إذا كلف الرقيق من قبل سيده بمباشرة تصرف معين كبيع أو شراء . أو عينه لادارة تجارة بحرية أو برية . كما لو كانت له سفينة فعينه قبطاناً لها وأمره بتسفيرها للاتجار مع البلاد المجاورة ، أو كان له مصرف وعينه مديراً لهذا الصرف ، فكل التصرفات التى يأتيها العبد فى حدود سلطته تلزم السيد

---

(١) قارن Lenel, Das edictum perpetuum,3 ed, 1927, pp 227-286

ولمن تعاقد مع العبد أن يطالبه بتنفيذها بنفس الدعوى الناشئة عن العقد الذى باشره (البيع . الاجارة . الوديعة . . الخ) . وتسمى هذه الدعوى في الحالة الأولى (actio quod jussu) وهى حالة تكليف العبد بالقيام بتصرف معين ، ويطلق عليها فى حالة تكليفه بتجارة برية (actio institoria) ، وفي حالة تكليفه بادارة تجارة بحرية (actio exercitoria) .

ويلاحظ فى كل هذه الأحوال تصريح السيد للعبد بالقيام بتصرف معين كما فى الحالة الأولى، أو بسلسلة من التصرفات ، كما فى الحالتين الأخيرتين، تستلزمها ادارة التجارة البرية أو البحرية . ولذلك فان السيد يلزم بجميع التصرفات التى يأتيها العبد مهما كلفه تنفيذها .

٢٦ — الحالة الثانية : قد يريد السيد الانتفاع بمواهب عبده ومؤهلاته مع تحديد مسئوليته الناشئة عن تصرفات عبده، فسمح له البريتور بأن يترك لعبده حوزة (peculium) قد تكون عبارة عن مبلغ من النقود أو قطيعاً من الغنم أو قطعة، أرض الخ . ، تبقى في ملك السيد، ولكن للعبد أن يستثمرها وينميها لنفسه.

فالتصرفات التى يباشرها العبد بخصوص هذه الحوزة . كشراء المواشى اللازمة لزراعة الأرض أو بيع المحصولات الخ . . . ، تلزم السيد. ولكن لغاية قيمة الحوزة فقط، أى أنه لا يلزم بها فى غيرها من أمواله . وتسمى الدعوى التى ترفع على السيد فى هذه الحالة (actio de peculio) . غير أنه قد يستفيد السيد من تصرف رقيقه فائدة تزيد على قيمة الحوزة، كما لو باع الرقيق الماشية التى أعطاها سيده لعدم صلاحيتها واستبدلها بأخرى تفوقها فى القيمة، فلبائع الماشية الى العبد أن يطالب سيده ، ليس فقط لغاية قيمة الماشية القديمة، بل أيضاً بالفرق بين الماشيتين فى القيمة ويقال لدعواه فى هذه الحالة (actio de peculio et de in rem verso) .

٢٧ — النوع الثالث : أهلية الرقيق ومسئوليته الشخصية عن أعماله : ولكن ما حكم تصرفات الرقيق بالنسبة له ومادرجة مسئوليته عن أعماله غير المشروعة ؟ نقصد بذلك التزامه أو مسئوليته بعـــد العتق، إذ الرقيق محروم من كل شخصية قبل ذلك .

يلزم العبد طبيعياً بعقوده فى العهد الامبراطورى، إذ ليس للرقيق طبقاً للقانون القديم أن يلتزم بأى التزام ما لانعدام شخصيته القانونيـة . ثم اعترف القانون

الامبراطورى(١) للرقيق بأهلية التعاقد، ولكن التزامه فى هذه الحالة يكون طبيعياً فقط والالتزام الطبيعى هو التزام ناقص إذ ينقصه الجزاء(sanction)، بمعنى أن المدين لايجبر قضائياً على تنفيذه ان شاء نفذه ويكون وفاؤه قضاء لدين صحيح وليس بتبرع، فليس له استرداد ما دفع ، حتى ولو كان دفعه خطأ ، بأن اعتقد أن التزامه مدنى ، حالة كونه طبيعياً . وان شاء لم ينفذه وليس لدائنه اجباره على ذلك .

ويسأل بعد العتق عن جرائمه التى ارتكبها وهو رقيق. وقد علمنا مما تقدم أنه اذا اعتدى العبد على غيره فلهذا الأخير أن يرفع دعوى التخلى (action noxale) على السيد يطالبه فيها بالتعويض أو بتسليم العبد فاذا ما أعتقه السيد قبل دفع التعويض ألزم المعتوق بتعويض الضرر الذى أحدثه ودفع الغرامة المقررة قانوناً لذلك .

(١) يرجع بعض الشراح هذا الاصلاح الى عهد جستنيان ، راجع فى هذا المعنى (Siber, «Naturalis obligatio,» Gedenkschrift l.l. Mitteis, 1925). ويرجعه بعض الشراح الآخرين الى القرن الثانى بعد الميلاد، راجع فى هذا المعنى الأخير مونييه (Monier)، فى كتابه طبعة ١٩٣٥ ، الجزء الاول، صفحة ٢٥٥ هامش ٣

الفصل الثانى

العتقاء

كيف تنتهى حالة الرق ؟ تنتهى حالة الرق إما بحكم القانون أو بارادة السيد

۲۸ — *القانون* : ينص القانون على أحوال شتى يتحرر فيها العبد من سلطة سيده . وقد كثرت هذه الأحوال فى العصر الامبراطورى تحت تأثير التعاليم المسيحية، وتقرر بعضها عقابا للسيد ، وتقرر البعض الآخر كمكافأة للعبد على عمل مشكور أتاه فى مصلحة السيد أو فى مصلحة المجموع .

فمن الفكرة الأولى، (عقاب السيد)، زوال سلطة السيد على عبده إذا نبذه بسبب شيخوخته أو مرضه . ومن ذلك أيضاً فقد السيد سلطته على رقيقه إذا دفعه الى الفسق والدعارة .

ومن الفكرة الثانية، (مكافأة العبد)، حق العبد فى طلب تحريره إذا كشف عن قاتل سيده، أو كشف عن الجناة فى بعض الجرائم العامة كتزييف المسكوكات أو الاغتصاب أو الهرب من الجندية .

۲۹ — *ارادة السيد* : إلا أن أهم أسباب التحرير ما كان منها راجعاً لارادة السيد وهو ما يقال له العتق (manumissio, affranchissement) . وسندرس العتق مبتدئين بصوره، ثم بآثاره أو بعبارة أخرى حالة العتقاء .

المبحث الأول — فى صور العتق

تمهيد : للعتق أهمية خاصة، إذ أثره غير قاصر على السيد والمعتوق، بل يتعداهما إلى المدينة بأجمعها (Cité) لما يترتب عليه من دخول عضو جديد فيها ، لذلك يذهب

الشراح إلى أن العتق كان غير ممكن في العصور الأولى لروما (١) وقدقامت هذه الصعوبة أيضاً عند اليونان فتحايلوا عليها بأن اقترحوا على السيد الذى يريد أن يهب الحرية لعبده أن ينذره إلى شخص معنوى لا نهاية لحياته كمعبد أو إله من الآلهة بشرط أن يترك له الحرية الفعلية ، وهناك من النصوص ما يؤيد وجود هذا العرف عندالرومان.

٣٠ — *فى القانون القديم* : على أن الرومان استخدموا منذ عهد بعيد طرقاً ثلاث للعتق : —

الطريقــة الأولى : *قيد الرقيق فى قوائم التعداد* (censu) . جرت عادة الرومان على قيد الوطنيين في قوائم خاصة لمعرفة عددهم وتعيين حقوقهم وواجباتهم . فمجرد قيد الوطنى فى هــذه القوائم يجعله مكلفاً بدفع الضرائب وبالخدمة العسكرية ، كما يخوله هذا القيد الحق فى التصويت فى مجالس الشعب، وعلى النقيض من ذلك فاهمال قيده يصيره عبداً، بل وللقاضى أن يعاقبه على هذا الاهمال ببيعه خارج روما . فالقيد هو الذى يكسب الشخص الصفة الوطنيـة وما يتبعها من الحقوق والواجبات المدنية ، ومن هنا نشأت الطريقة الأولى للعتق ، وذلك بأن يتقدم السيد مصحوباً بعبده الذى يريد عتقه إلى الحاكم المكلف بالاحصـاء (censeur) ويطلب إليه قيد إسمه كوطنى . فبمجرد هذا القيد يتحرر العبد ويصبح وطنياً . وقد بطلت هـذه الطريقة عملا فى العصر الامبراطورى لزوال عادة الاحصاء .

الطريقة الثانية : *دعوى الحرية الصورية* (vindicta)(٢) . هذه الطريقة كسابقتها طريقة غير مباشرة ، إذ تستخدم دعوى استرداد الحرية بصفة صورية لكسب عبد صفة الحرية . وتنحصر هذه الطريقة فى أن يتواطأ السيد مع شخص آخر على أن ينوب هــذا الأخير عن الرقيق في رفع دعوى الحرية (adsertor libertatis) فيقرر أمام القاضى بأن الشخص الذى يدعى بأنه عبد ان هو في الواقع إلا حر ، ثم لا ينازع السيد في هـذا الاقرار فيضطر القاضى والحالة هذه أن يسجل هذا الاقرار ويتحرر بذلك العبد .

---

(١) أنظر جيرار ، الطبعة الثامنة ١٩٢٩ ، صفحة ١٣٠ — ومونييه ، طبعة ١٩٣٥ ، الجزء الاول ، صفحة ٢٥٩ .

(٢) راجع جيرار ، طبعة ١٩٢٩ ، صفحة ١٣١ — وكيك ، طبعة ١٩٢٨ ، صفحة ٩٥ .

وتمتاز هذه الطريقة عن سابقتها بامكان الالتجاء إليها في أي وقت ، بخلاف الأولى فهي مقيدة بوقت عمل التعداد أي أنها غير ممكنة إلا مرة واحدة فى كل خمس سنوات . هذا وقد تبسطت هذه الطريقة فى عصر جستنيان فاكتفى فيها باقرار من السيد أمام القاضي .

الطريقة الثالثة : **الوصية** (testamento) . قد يوصى السيد بعتق عبده ، الا أنه كان يشترط لتنفيذ الوصية موافقة مجالس الشعب عليها لما فى الوصية من تغيير نظام العائلة المقرر قانوناً .

ويلاحظ فى كل الطرق المذكورة صفة الرسمية إذ يجب حصولها أمام هيئة رسمية سواء كان الحاكم المحصى (censeur) أو القاضى (magistrat) أو مجالس الشعب (comices) .

٣١ — **ما حكم العتق بغير الطرق المتقدمة** : تعددت أحوال العتق فى نهاية العهد الجمهورى وظهرت له طرق أخرى غير شكلية مبناها إرادة السيد المجردة عن الأوضاع الشكلية .

فيحصل باقرار شفوى كأن يصرح فى مجمع من أصحابه (inter amicos) بعتق عبده الذى أجاد طهى الطعام مثلا ، أو بأقرار كتابى كأن يرسل خطاباً إلى عبده (per epistolam) يقرر فيه عتقه . إلا أن إقراره المتقدم بالعتق، شفوياً كان أو كتابياً، لا يترتب عليه أى أثر قانونى، بل يظل العبد قانوناً (jure civile) خاضعاً لسلطة سيده . غير أن البريتور مكنه من التمتع فعلا بحالة الحرية بأن حرم السيد الذى أعتق عبده على هذه الصورة من استعمال حقه فى استرداد عبده بدعوى الاسترداد . وأكد قانون (junia)(١) قرار البريتور هذا فاعتبر المعتوق فى

---

(١) اختلف الشراح فى تحديد تاريخ هذا القانون فيضعه جيرار بين عامى ٤٤، ٢٧ ق .م راجع كتابه، طبعة ١٩٢٩ ، صفحة ١٣٨ - ويحدد (Duff) تاريخه فى عام ١٧ ق .م ويحدده آخرون بعام ١٩ ق . م ومنهم كولنيه وجيفار ، موجز القانون الرومانى ، الجزء الأول ، نبذة ٣٢٩ وكيك فى كتابه، طبعة ١٩٢٨، صفحة ١٠١ هامش ٤ .

الأحوال المتقدمة حراً فى حياته . فله أن يكتسب الحقوق ويجرى المعاملات ، ولكنه يعتبر رقيقاً عند وفاته فلا تركة له ولا وارث ، وإنما تذهب الأموال التى يتركها إلى سيده . فهو والحالة هذه فى حالة متوسطة بين الحر والعبد وتسمى هذه الطبقة من المعتوقين (affranchis juniens) نسبة إلى القانون المذكور .

٣٢ — **فى العصر الحديث** : بقى العتق بطريق الدعوى الصورية (vindicta) بعد تبسيطها واقتصارها على إقرار من السيد المعتق أمام القاضى معمولا به فى العهد الامبراطورى، وكذلك بقى العتق بالوصية (testamento) معمولا به، وأنشئت بجانب الطريقتين السالفتين طريقة جديدة تحت تأثير انتشار الديانة المسيحية وهى طريقة العتق الدينية وتحصل فى الكنيسة بحضور القسيس (manumissio in ecclesia) .

وأخيراً سوى جستنيان بين العتق الرسمى والعتق الخالى من الاجراءات الشكلية من حيث الأثر ، واعتبر كليهما صحيحاً قانوناً مكسباً للحرية وللرعوية الوطنية معاً .

المبحث الثانى – فى آثار العتق (١)

يترتب على العتق اكتساب المعتوق صفة الحرية والصفة المدنية معاً، إلا أن المعتوق لا يتمتع بكل الحقوق التى للحر الأصيل (ingenius) ، بل يعتبر فى مرتبة أدنى من هذا الأخير، فأهليته مقيدة ببعض القيود التى يرجع بعضها إلى القانون العام والبعض الآخر إلى القانون الخاص .

٣٣ — **قيود القانون العام** : — كان المعتوق محروماً من حق الاشتراك فى مناصب الحكم (jus honorum) كالعضوية فى مجلس السناتو أو المجالس البلدية أو تولى الوظائف القضائية . وكذلك حرم من شرف الخدمة فى فيالق الجيش حتى نهاية عهد الجمهورية لتغير نظام الجندية بعد ذلك . ولكن كان له حق التصويت أو الاقتراع (jus suffragii) .

على أنه كان من الممكن رفع الموانع السياسية السابق ذكرها بقرار من الامبراطور

(١) يلاحظ أن الكلام على آثار العتق قاصر على عتقاء الرومان فقط .

لصفات أو أعمال ممتازة للمعتوق ، وقد أزال جوستنيان جميع الفوارق السياسية بين طبقةالمعتوقين والأحرار الأصلاء وسوى بينهما من حيث الحقوق العامة (١) .

٣٤—**قيود القانون الخاص:** كان القانون القديم يحرم على المعتوقين التزوج من الأحرار الأصلاء ،ثم قصر هذا الحظر على أعضاء السناتو وعائلاتهم ، وأخيراً ألغى هذا الحظر فى عصر جوستنيان نهائيا .

لكن أهم القيود التى تحد من أهلية المعتوق ترجع لعلاقة الولاء (patronat) التى تنشأ بالعتق بينه وبين سيده والتى ترتب لهذا الأخير قبل معتوقه حقوقاً متنوعة يمكن حصرها تحت رؤوس ثلاثة :

٣٥ - ١ - **واجب الاحترام والاجلال نحو سيده** (obsequium) : فتجب على المعتوق إطاعة سيده واحترامه، وهو كما ترى واجب أخلاقى، إلا أنه قد يترتب عليه بعض النتائج القانونيـة، فلا يجوز للمعتوق رفع أى دعوى فيها مساس بشرف سيده أو اعتباره لما فى ذلك من الاخلال بواجبه فى اجلال سيده واحترامه، وإذا خالف المعتوق هذا الواجب وجحد نعمة سيده كان له إعادته إلى سلطته.

٣٦ — ٢ — **الخدمات** : (operae) — كذلك يلزم المعتوق بأداء بعض الخدمات إلى سيده، فيستمر المعتوق على خدمة سيده، كما كان قبل العتق، ببعض ساعات كل يوم . غير أن هذا الواجب لم يخرج عن كونه واجباً أخلاقياً ليس للسيد أن يجبر عبده على القيام به ، ولكنه يصبح التزاما قانونيا إذا تعهد العبد به بيمينه ، ثم أكد نفس هـذا التعهد بعد العتق بيمين أخرى أو بتعهد شفوى، فانه يصبح ملزماً قانوناً بأداء هذه الخدمات لاكتسابه بالعتق أهلية الالتزام .

٣٧ — ٣ — **بعض حقوق مالية** (bona) : وهى تشمل جملة حقوق ذات صبغة مالية ، فتشـمل حق السيد فى النفقة إذا أعسر ، وتشمل أيضاحقه فى الارث من معتوقه إذا توفى هـذا الأخير عن غير وارث وبدون ترك وصية ، وكذلك تشمل حق السيد فى الوصاية على معتوقه إذا كان قاصرا أو امرأة .

وتبقى هذه الواجبات ماعاش المعتوق، فلا تزول بموت المعتق، بل تنتقل حقوق المعتق تجاه المعتوق إلى ورثته ، إلا أن للمعتق أو ورثته التنازل عنها .

---

(١) راجع جيرار ، الطبعة الثامنة ، صفحة ١٣٧ — مونييه ، طبعة ١٩٣٥ ، الجزء الاول ، صفحة ٢٨٩ .

الفصل الثالث

حالات مشابهة لحالة الرق

CAS DE QUASI SERVITUDE

هناك من الأحوال مايكون فيها الشخص دون فقد حريته أو وطنيته فى حالة تشابه حالة الرق أهمها ما يأتى : —

٣٨ — ١— **المدين الذى حكم عليه بالحاقه بدائنه** .(addictus) : للدائن الذى حصل على حكم بدين من مدينه (addictus) أن يطلب إلى القاضى الاستيلاء على مدينه، فاذا لم يدفع هذا الاخير ما حكم به عليه أو لم يقدم كفيلا (vindex) بالمبلغ المذكور حكم القاضى بالحاقه بدائنه وخول لهذا الأخير حبسه وبيعه، بعد ستين يوماً، وراء نهر التبر (trans Tiberim) أى خارج روما .

فى الحالة المتقدمة يعتبر المدين فى اثناء حبسه، أى قبل بيعه، كالرقيق رغم تمتعه قانونا بصفة الحرية، فللدائن استرداده بدعوى السرقة إذا سرق من حيازته . الا أنه يحتفظ بأهليته القانونية ، فله مثلا أن يتصالح مع دائنه على أن يعمل لمصلحة هذا الأخير حتى يعوض له ما يساوى قيمة الدين .

وقد زالت هذه الحالة فى عهد الامبراطورية عام ٣٨٨م بالغاء السجون الخاصة.

٣٩ — ٢ . يشبه المدين الذى حكم عليه بالحاقه بدائنه (addictus)، المدين الذى اقترض مبلغاً من النقود بمقتضى عقد القرض القديم المسمى (nexum)، إذ كان للدائن فى حالة عدم الوفاء الاستيلاء على مدينه من تلقاء نفسه، دون حاجة الى استصدار حكم قضائى، وحبسه ، الا أنه بطل العمل بهذا العقد فى القرن الخامس لانشاء روما بعد صدور قانون (Poetelia Papiria) فى سنة ٤٢٨ لروما الذى سلب الدائن حقه فى التنفيذ المباشر على شخص المدين بدون حاجة للحصول على حكم قضائى سابق .

٤٠ — ٣ . حالة الاولاد المبيعين فى روما بالنسبة لمن اشتراهم (١) (personnes in mancipio) : نشأت هذه الطبقة نتيجة حق رب الأسرة فى بيع أولاده . فقد كان له حق بيعهم خارج روما (trans Tiberim) ويصيرون بذلك عبيدا . وله كذلك بيعهم فى روما أو فى داخل الاتحاد اللاتينى بطريق الاشهاد، (mancipatio) كبقية الأشياء النفيسة المملوكة له مثل عبيده وماشيته، اما بقصد الانتفاع من أجرة أعمالهم،واما بقصد التخلص من تعويض جريمتهم ، واما كوسيلة للتبنى أو للتحرير من السلطة الأبوية . فاذا بيع الابن كذلك فانه لا يصير عبدا لمن اشـــتراه بناء على المبدأ القائل بأن الشخص الذى عاش حرا فى روما لا يمكن أن يصير عبداً فيها، وانما يخضع بالنسبة لمن اشتراه لنوع آخر من السلطة تشبه سلطة السيد على عبده وتسمى لتمييزها عنها (mancipium).

فالابن المبيع فى روما يبقى حرا ووطنيا وبالتالى يحتفظ بحقوقه السياسية وكذلك يبقى زواجه قائما لأن أولاده ينسبون اليه دائما وهو لا يكون الا عند قيام الزوجية .

ولـكنه يفقد ببيعه عنصر الصفة العائلية (capitis deminutio minima). اذ يخرج مؤقتا من سلطة أبيه وبالتالى تنقطع صلته بعائلته ويخضع بالنسبة لمشتريه لنوع من السلطة تشبه ســلطة السيد على عبــده . فهو كالعبد ليس أهلا للالتزام ويشتغل لمشتريه ويمثله فى العقود ولمشتريه التصرف فيه بالبيع والايصاء أو الاعتاق ويترتب على عتق المشترى للابن المبيع له عودته الى سلطة أبيه (patria potestas) الا اذا تكرر بيعه ثلاث مرات فانه يصبح بعتقه بعد ذلك مستقلا بحقوقه (sui juris)

وقد قلت حالات بيع الأولاد فى نهاية عهد الجمهورية لظهور عقد اجارة الأشخاص فبطل بيع الأبناء بقصد الانتفاع من أجرة أعمالهم . ومن جهة أخرى فقد تبسطت اجراءات التحرير (emancipatio) والتبنى (adoptio) وصار يكفى فيهما اقرار من الأب أمام القاضى، وهكذا بطل بيع الأبناء كوسيلة للتبنى أو التحرير . وأخيرا حرم جوستنيان بيع الأبنــاء بقصد التخلص من تعويض جريمتهم ، وبذلك يكون قد انمحى كل أثر لهذه الحالة فى عصر جوستنيان .

---

(١) راجع جيرار ، الطبعة الثامنة، صفحة ١٤٣ و ١٤٤ — و Desserteaux(F). «Etudes sur la formation historique de la capitis deminutio» جزء أول ، طبعة ١٩٠٩ ، من صفحة ٢٣٢ — ٢٣٨ .

٤١ — ٤ — حالة المزارع أو الملحق بالأرض الزراعية (colonus) :
نشأ هذا النظام (colonat) (١) في عهد الامبراطورية، اذ لم يكن معروفا من قبل، ويلحقه أغلب الشراح بحكم قسطنطين، نظرا لأن أحدث النصوص التي تعرضت لهذا النظام صراحة يرجع الى حكم الامبراطور المذكور، وهو قانون أصدره هذا الامبراطور في عام ٣٣٢ م. وقد أنشىء هذا النظام لامكان استغلال الأراضي الزراعية الفسيحة التي استولت عليها روما في فتوحاتها العديدة ولتسهيل جباية الضرائب.

ويمكن ذكر أهم خواص هذا النظام فيما يأتي. —

أولا — يلحق المزارع بقطعة أرض لا تعتبر ملكا له على أن يتعهد بزراعتها في مقابل أجرة يدفعها الى المالك نقداً أو عينا وينتفع هو بثمرات الأرض الزائدة عن الأجرة المذكورة

ثانياً — يلحق المزارع بالأرض فليس له أن يهجرها وان فعل ذلك فللمالك أن يعيده إليها، ولكن ليس للمالك من الجهة الأخرى أن ينزعها من يده، فليس له أن يتصرف في الأرض دون المزارع أو في المزارع دون الأرض. إذ ينتقل المزارع مع الأرض بانتقالها من مالك إلى آخر. لذلك كانوا يصفون المزارع بأنه عبد للأرض (servus terrae).

ثالثاً — لا يعتبر المزارع عبداً للمالك، فانه وإن خضع لسلطة المالك التأديبية. وحرم عليه كقاعدة عامة مقاضاة المالك، إلا أن له — خلافا للعبد — أن يتزوج وله أن يتعاقد وأن يصير دائناً أو مديناً وله أيضاً أن يكتسب من الأموال ما شاء، ولكن ليس له أن يتصرف في أمواله لأنها ضمان للضريبة المفروضة على الأرض وللايجار المقرر لصاحبها.

رابعاً — حالة المزارع، كما وصفناها فيما تقدم، حالة وراثية تنتقل إلى فروعه من بعده.

---

(١) راجع للتوسع في نظام المزارعة المؤلفات الآتية:

Mommsen, Hermes, 15, 880, pp 385-411; Fustel de Coulanges, Recherches sur quelques problèmes d' histoire, 1885, pp 3 — 145; Beaudouin, les grands domaines dans l'empire romain, Paris 1899; Mespoulet, Le colonat romain, (Journal des Savants, 1911, pp 203 — 211).

خامساً ـــ تنشأ هذه الحالة بأحدالأسباب الآتية : ـــ ١ ـ بالولادة ، ويكفى أن يكون أحد الأبوين مزارعاً حتى يصبح الابن كذلك ٢ ـ بالاتفاق ، بأن يتفق شخص معدم مع أحد الملاك على أن يلتحق بأرضه كمزارع ٣ ـ بطريق التبليغ ، يمنح القانون للمبلغ الحق في إلحاق المبلغ عنهم من الأشخاص الأشداء الذين يحترفون التسول بأرضه كمزارعين ٤ ـ بمضى المدة (٣٠ سنة)

سادساً ـــ وتنتهى هذه الحالة بأسباب محصورة ومحدودة ويمكن حصر هذه الأسباب تحت حكم جوستنيان فى اثنين : ١ ـ اكتساب المزارع ملكية الأرض التى ألحق بها . ٢ ـ ارتقاؤه إلى منصب أسقف فى الكنيسة المسيحية .

وقد بقى هذا النظام معمولا به حتى نهاية عهد الرومان وهو يشبه من وجوه كثيرة نظام التبعية (servage) الذى عرف بأوربا في القرون الوسطى .

الباب الثانى

فى الوطنية

STATUS CITIVATIS

يقسم القانون الرومانى الأشخاص بالنسبة لحالتهم الوطنية أو المدنية (status civitatis) ، وهى ما يعبرعنها فىالوقت الحاضر بالجنسية ، إلى وطنيين (cives Romani) ولاتينيين (latini) وأجانب (perigrini) .
وسندرس تباعاً كلا من هذهالأقسامالثلاثة.

§ ١ - الوطنيون (CITOYENS-CIVES)

٤٢ — **مصادر الوطنية** : لاكتساب الجنسية الرومانية مصدران :

المصدر الطبيعى والأهمهو الولادة .

والمصدرالثانوى هو القانون .

١ — الولادة : فيولدوطنياً من كان أبواه وطنيين ، فان اختلفت حال أبويه من حيث الجنسية بأن كان أحدهما رومانياً والآخر أجنبياً ، وجب التميز بين حالة ما إذا كان بينهما زواج شرعى أم لا ، ففى الحالةالأولى وهىحالة المولود من زواج شرعى ، فانه يتبع حالة أبيه من حيث الجنسية باعتبار وقت الحمل فانكان أبوهرومانياً وقتالحمل كان رومانياً كذلك ، وإن كانأجنبياً صار أجنبياً مثله . أما فى الحالة الثانية،أى إذا لم يكن بين الأبوين زواج شرعى ، فان الابن الطبيعى الذى يولدمن هذه المعاشرة يتبع حالة أمه باعتبار وقت الوضع، فالابنالطبيعى (enfant naturel) ، وهو الذى يولد من معاشرة غير شرعية ، لا يكون وطنياً إلا إذا كانت أمه متمتعة وقت الوضع بصفتى الحرية والوطنية .

٢ — القانون : قد يولد الشخص أجنبيا ثم يكتسب صفة الوطنية إما منحة قانونية أو بطريق التجنس.

٤٣ — *حقوق الوطني*: يتمتع الروماني الوطني بحقوق متنوعة بعضها ذو صفة عامة أو سياسية وبعضها ذو صفة خاصة أو مدنية

ا — الحقوق العامة : هذه الحقوق مرتبطة بالخدمة العسكرية ، ولذلك فهي قاصرة على الوطنيين الذكور دون الاناث منهم ، وهي تشمل . ١ — حق الاقتراع (jus suffragii) وهو يخول اصاحبه حق التصويت على القوانين داخل مجلس الشعب وحق الاشتراك في انتخاب الحكام والقضاة . إذ كانوا يعينون في العهد الجمهوري بطريق الانتخاب.

٢ — حق الترشيح لمناصب الحكم (jus honorum) ويخول لصاحبه حق تقلد المناصب العامة ويؤهله لأن ينتخب للمناصب القضائية أو العضوية في مجلس السناتو الخ .

ب — الحقوق الخاصة أو المدنية : هذه يمكن حصرها في ثلاثة

١ — حق الزواج (conubium, jus connubii) وهو حق الوطني في عقد زواج شرعي منتج لجميع الآثار القانونية للزواج بما في ذلك من نشوء السلطة الأبوية والقرابة والميراث والنفقة والوصاية .

وقد كان هذا الحق قاصرا على طبقة الأشراف دون طبقة العوام (plébéiens) ثم منح بمقتضى قانون كانوليا(Canuleia) لأفراد الطبقة الأخيرة.

٢ — حق التعامل(commercium, jus commercii)ويخول صاحبه أن يملك ويملك وأن يصير دائناً أو مديناً بكافة أنواع التصرفات الشرعية التابعة للقانون المدني (jus civile).

٣ — وأخيرا حق التقاضي (legis actio) أو بعبارة أخرى حق استعمال طرق المرافعات المقررة في القانون المدني .

§ ٢ – اللاتينيون LATINI

لا يتمتع اللاتينيون بالجنسية الرومانية ، بل هم ينتمون إلى مدن لاتينية تتمتع بوحدة سياسية مستقلة ، ولكل منها قانونها الأهلي ، على أن لهم رغم جنسيتهم اللاتينية بعض الحقوق فى روما وهو ما يهمنا بحثه عند دراستنا لحالتهم .

وينقسم اللاتينيون من هـــذا الوجه إلى قسمين : اللاتينيون القدماء (latini veteres) وسكان المستعمرات اللاتينية (latini coloniarii) .

٤٤ – **القسم الأول اللاتينيون القدماء** : (latini veteres) وهم سكان الجزء الخاص من إيطاليا المسمى اللاتيوم (latium) والذين اشتركوا مع سكان روما فى تكوين الاتحاد اللاتينى القديم الذى انحل ثم أعيد تنظيمه في عام ٤٩٣ قبل المسيح، ويلحق بهم أيضا سكان المستعمرات القديمة التى أنشأها الاتحاد اللاتينى المذكور حتى سنة ٢٦٨ قبل الميلاد . فهؤلاء لا يختلف حالهم كثيراً عن الرومانيين إذ يتمتعون بنفس الحقوق التى للرومان ماعدا حق تقلد المناصب العامة (jus honorum). فكان لهم حق الاقتراع (jus suffragii) إذا وجدوا بروما فى أثنائه ، كذلك كانوا يتمتعون بباقى الحقوق المدنية التى سبق ذكرها (حق الزواج — حق التعامل — حق التقاضى) .

٤٥ – **القسم الثانى سكان المستعمرات اللاتينية** : (latini coloniarii) وهم سكان المستعمرات التى أنشأتها روما بعد سنة ٢٦٨ قبل الميلاد . هؤلاء كانوا فى مرتبة أدنى من الفريق الأول، ففضلا عن حرمانهم من الحقوق العامة، لم يكن لهم حق الزواج بالوطنيين ، ولكن كان لهم حق التعامل وحق التقاضى .

٤٦ – **اكتساب اللاتينيين للجنسية الرومانية** : نص القانون الرومانى على أحوال شتى تمكن اللاتينيين اكتساب الجنسية الرومانية ، وكان من نتيجة استمرار تجنسهم بالجنسية الرومانية اندثار طبقة اللاتينيين تدريجيا حتى كان قانون (julia) الصادر

---

(١) راجع فى ذلك Mommsen, droit public romain, VI 2, pp 286 ;
Bonfante, histoire du droit romain, 1927, t. I, pp 60, 65, 264 — 268, p 325, p 388, pp 402 —403

فى سنة ٩٠ قبل الميلاد الذى منح الجنسية الرومانية لجميع اللاتينيين من سكان إيطاليا، وهكذا يمكننا القول بزوال طبقة اللاتينيين هذه منذ العصر العلمى (على الأقل فيما يتعلق بالأحرار الأصلاء) .

§ ٣ـ الأجانب (Peregrine-Hostes)

٤٧ — يوجد بجانب الرومانيين واللاتينيين فريق ثالث من الأشخاص كانوا يسمون فى الأصل (hostes) أى الأعداء ، وهم عبارة عن سكان البلاد المجاورة لروما والكائنة بالجهة الأخرى من نهر التبر . ولكن ليس معنى ذلك أن الأجانب كانوا فى الواقع أعداء لروما، بل إن كثيراً منهم كانوا تابعين لمدن ارتبطت مع روما بمعاهدات ضمنت لرعاياها حقوقهم وحريتهم أثناء وجودهم بالأراضى الرومانية (١) فالأجنبى (peregrinus) منذ العصر العلمى على الأقل كان حليفاً لروما وليس من أعدائها . ويجب تمييزه لذلك عن جماعة البربر (barbari) الذين لا تربطهم بروما معاهدة أو محالفة، إذ كانوا يعتبرون من الأعداء وكانوا لا يتمتعون بأى حق ما فى روما، بل كان لأى قادم أن يستحوذ عليهم (٢) كما يستولى على أى مال مباح.

ويعتبر أيضاً من الأجانب (peregrini) ، عدا رعايا المدن التى اتحدت مع روما أو خضعت لها بطريق الفتح ، الوطنيون الذين فقدوا صفتهم الوطنية مع احتفاظهم بصفة الحرية كنتيجة للحكم عليهم ببعض العقوبات الجسيمة مثل عقوبة الأشغال الشاقة أو النفى أو كنتيجة لتجنسهم بجنسية أخرى .

٤٨ — **حالة الاجانب** : لا يتمتع الأجانب فى روما بأى حق من الحقوق السياسية فليس لهم حق الاقتراع أو حق تقلد المناصب العامة أو شرف الخدمة في فيالق الجيش ، كذلك لا يتمتعون بالحقوق الخاصة التى يتمتع بها الرومانى طبقاً للقانون المدنى البحت (jus civile) فليس لهم حق الزواج أو التعامل مع الرومانى طبقاً لأحكام هذا القانون ، بل يخضعون فى علاقاتهم مع أفراد مدينتهم لأحكام

---

(١) انظر كيك ، ١٩٢٨ ، صفحة ٩٢ — وهيفلان ، طبعة ١٩٢٧، الجزء الأول ، ص ٢٢٤ - ٢٢٦ ، وراجع ارنوميه فى معجم اللغة اللاتينية تحت كلمة (hostes)

(٢) راجع فى هذا المعنى Levy-Bruhl, Esquisse, pp 11-14 ; Nicolau, Causa liberalis, pp 53-54.

قانونهم الأهلى ذلك أن الرومان لم يمدوا سلطان قانونهم إلى البلاد التى غزوها ، بل أبقوا لها عاداتها لاعتبارهم القانون الرومانى امتيازاً يتمتع به الوطنيون الرومانيون دون سواهم . أما فى علاقاتهم مع الرومان أو مع الأجانب من جنسية مختلفة فيخضعون لأحكام قانون الشعوب (jus gentium) .

٤٩ — **قانون الشعوب** : وقانون الشعوب، كالقانون المدنى (jus civile)، جزء من القانون الرومانى ، أهم مصادره منشورات البريتور . ويمتاز عن القانون المدنى (jus civile) بتعميم تطبيق أحكامه على جميع سكان الدولة الرومانية بما فى ذلك الرومانى واللاتينى والأجنبى ، وبخلوه من الأوضاع الشكلية المقررة فى القانون المدنى البحت . وقد نشأ قانون الشعوب تدريجياً مع ازدياد نزوح الأجانب إلى روما للتجارة وضرورة ربط معاملاتهم التجارية مع سكان روما بقواعد سهلة خالية من كل تعقيد أو إجراءات شكلية، لذلك نرى أن أهم أحكامه ترجع لقسمى الاموال والمعاملات . وقد كان من نتيجة ازدياد التعامل مع الأجانب أن أنشئت فى القرن الثالث قبل الميلاد وظيفة قاض خصص للحكم فى قضايا الأجانب، وسمى بقاضى الأجانب (praetor peregrinus) . وقد كان له الفضل الأكبر فى إنشاء قانون الشعوب وفى تهذيب أحكام القانون المدنى (jus civile) بالتخفيف من شدة أحكامه وبتحريره من القيود والأوضاع الشكلية .

٥٠ — **اكتساب الاجنبى صفة الوطنية** : يكتسب الأجنبى الحر صفة الوطنية إما كمنحة من القانون (bienfait de la loi) وإما بطريق التجنس (naturalisation) .

١ — منحة من القانون : فينص القانون فى بعض الأحوال على منح الصفة الوطنية للأجنبى متى توافرت فيه شروط معينة . مثال ذلك القانون المشهور بقانون أشيليا (loi Acilia) الصادر حوالى عامى ١٢٣ أو ١٢٢ ق.م ، فهو ينص على منح الجنسية الرومانية للأجنبى الذى يصل إلى إدانة أحد الحكام بتحصيل غرامات أو أموال أميرية زيادة عن المستحق منها ، وقد صدر هذا القانون للرقابة على تصرفات الحكام الذين صاروا لا يتورعون عن الاثراء بأية وسيلة كانت خصوصاً وأن نظام النيابة العمومية لم يكن معروفاً عند الرومان ، بل كان رفع الدعوى العمومية من حق كل فرد

غير أنه كان من الصعب على الفرد أن يخاصم الحاكم خصوصاً اذا كان من حزب سياسي قوى . لذلك نص القانون على أن الأجنبى الذى تبلغ به الشجاعة الى رفع الدعوى على الحاكم ويصل الى ادانته يكافأ بمنحه صفة الوطنية .

مثال ذلك أيضاً نص القانون على منح الجنسية الرومانية للاتينى بمجرد انتقاله الى روما واقامته بها (١) .

٢ — التجنس (naturalisation) : كذلك يكتسب الأجنبى الجنسية الرومانية بطريق التجنس . ولكن يختلف حكم التجنس عن حكم الحالة السابقة فى أن الأجنبى لا يكتسب الجنسية الرومانية بنص القانون وبمجرد توافر الشروط المنصوص عليها فيه ، وانما يكتسب هذه الجنسية كمنحة من الشعب ، أو من بعض نوابه، بتفويض منه ، كالقواد المنتصرين فى عصر الجمهورية ومن بعدهم الاباطرة (٢) .

وقد يكون أثر التجنس قاصراً على فرد معين أو شاملا لجماعة أو لسكان مدينة بأسرها. فمن القوانين العامة فى هذا الخصوص قانون جوليا (loi Julia) الصادر فى عام ٩٠ ق . م الذى منح الجنسية الرومانية لجميع اللاتينيين من سكان ايطاليا . ومنها أيضاً قانون الامبراطور كاراكلا (Caracalla) الصادر فى عام ٢١٢م الذى منح الجنسية الرومانية لجميع سكان الامبراطورية الرومانية من الأحرار الأصلاء . وقد توخى الامبراطور المذكور فى ذلك غرضاً مالياً، اذ قصد اخضاعهم جميعاً لضريبة الميراث الشخصية المسماة (vicesima hereditatis) والتى كانت عبارة عن خمسة فى المائة من التركة .

غير أن قانون الامبراطور كاراكلا المذكور لم يقض نهائياً على التفرقة السابقة بين سكان الامبراطورية من حيث الجنسية، اذ كان أثره قاصراً على الأحرار الأصلاء . فهو وإن وحد جنسية الأخيرين، فانه لم يلغ التمييز بين طبقات العتقاء من وطنيين ولاتينيين وأجانب . وقد بقى هذا التمييز بين طبقات العتقاء حتى جاء الامبراطور جوستنيان فقضى نهائيا على هذه التفرقة بمساواته العتقاء بالأحرار الأصلاء ، وهكذا زالت طبقة الأجانب القديمة (perigrine) . ولم يحرم من الصفة الوطنية فى عصره سوى المحكوم عليهم بالأشغال

---

(١) ونظرا لسهولة هذه الوسيلة ولكثرة نزوح اللاتينيين من مدنهم الاصلية الى روما ، أوجب القانون فى القرن الثانى قبل الميلاد على اللاتينى الذى يريد الانتقال الى روما للاقامة فيها أن يترك فى بلده اللاتينى ذكرا من ذريته ـ راجع مونييه ، طبعة ١٩٣٥ ، الجزء الأول، ص٢٧٧ .

(٢) جيرار ، طبعة ١٩٢٩ ، ص ١٢٦ .

الشاقة أو النفى اذ يفقدون بالحكم عليهم صفة الوطنية، ويلحق بالمحكوم عليهم فى هذا الاعتبار سكان أقاليم الحدود الامبراطورية المسمون بالبرابرة (barbari) فانهم بالرغم من خضوعهم لسلطان الدولة الرومانية، كانوا خاضعين لقوانينهم الخاصة (١). أما البرابرة القاطنون خارج الأراضى الرومانية، والذين لم يرتبطوا مع الدولة الرومانية بمعاهدة أو اتفاق، فيعتبرون كالأعداء، أى أجانب بالمعنى القديم، فليس لهم حقوق بمقتضى قانون الرومان (٢)، ولأى شخص أن يستولى عليهم كما يستولى على أى مال مباح.

(١) راجع مونيه، طبعة ١٩٣٥، الجزء الأول، صفحة ٢٨٤ - كيك، طبعة ١٩٢٨، صفحة ٩٣، ٩٤ - جيرار، طبعة ١٩٢٩، صفحة ١٢٩.
(٢) أنظر ما تقدم، نبذة ٤٧، ص ٣١.

الباب الثالث

فى الحالة العائلية

STATUS FAMILLIŒ

٥١ — *الاسرة فى النظام الحاضر* : الأسرة فى يومنا الحاضر هى مجموعة أفراد تربطهم صلة القرابة أو المصاهرة. والمصاهرة (alliance) هى تلك الرابطة التى تنشأ بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر فهى نتيجة للزواج. والقرابة (parenté) توجد بين الأفراد الذين تربطهم وحدة الدم سواء من جهة الأم أو من جهة الأب. بل إن القرابة بين الأفراد من جهة الأم أكثر تحقيقاً منها من جهة الأب، إذ يمكن مادياً إثبات ولادة الشخص من أمه، ولكن لما يتوصل العلم الحديث إلى إمكان إثبات حصول الحمل من الأب.

غير أن فكرة القرابة التى تقوم على أساس وحدة الدم، والتى تربط الفرد بعائلة أبويه لم تكن معروفة لدى الشعوب القديمة، إذ كانت القرابة عندهم شبيهة بالجنسية فى الوقت الحاضر. فكما أن الشخص لا يمكنه أن يكون تابعاً لدولتين فى وقت واحد، فكذلك لم يتصور الرومان إمكان اتصال الشخص بعائلتين (عائلة أبيه وعائلة أمه).

٥٢ — *تاريخ نظام الاسرة* : وقد اتخذت الأسرة صوراً شتى قبل أن تظهر بمظهرها الحالى تبعاً لاختلاف المدنيات وتعاقب الأجيال. وهو ما أثبته البحث العلمى فى النصف الثانى من القرن الماضى (١). فقد كان من المسلم، حتى التاريخ المذكور، أن العائلة الفردية (famille monogame) وعلى رأسها الأب، مع خضوع الزوجة والأولاد لسلطته، كانت أساس النظام الاجتماعى الذى قامت عليه المدنيات المختلفة منذ بدء الانسانية. أما اليوم فيميل أهل العلم إلى إدخال فكرة التطور فيما يتعلق بأصل العائلة. إذ يرون أن الأسرة قد مرت بأدوار متعددة

(١) راجع للتوسع: Bachofen, das Mutterrecht(1861); Mac Lennan, Primitive marriage (1856); Starcke, La famille dans les différentes sociétés (1899).

ابتداء من حالة الاباحية الأولى حتى ظهورها فى مظهرها الحالى مارة بدور الأسرة الأموية ثم بدور الاسرة الابوية(١) .

٥٣ — **الاسرة الرومانية** : أما الأسرة الرومانية فقد كان أساسها السلطة الأبوية (patria potestas) بحيث كان الولد منتسباً إلى أبيه وأقارب أبيه دون أية علاقة بأقارب أمه ، ولم يتصل الولد بأمه إلا باشتراكها معهفي الخضوع لسلطة رب الأسرة ، وتسمى القرابة القائمة على أساس السلطة الأبوية بالقرابة المدنية (agnatio) أو (parenté civile) أو (parenté agnatique) لتفريقها عن القرابة القائمة على صلة الدم والمسماة بالقرابة الطبيعية (parenté naturelle) أو قرابة الدم (cognatio) .

غير أن القرابة الطبيعية بدأت بالظهور تدريجياًحتى صارت في عهد جوستنيان الأساس الوحيد للقرابة القانونية وللحقوق المترتبة عليها .

١§ — الأسرة القائمة على أساس القرابة المدنية

LA FAMILLE AGNATIQUE

يمكن تقسيمها إلى ثلاث دوائر :—

١ —دائرةضيقة،أو العائلة بالمعنىالصحيح (famille jure proprio)، وتشمل أفراد البيت الواحد (domus) .

٢ — دائرة أوسع، وهى العائلة بالمعنىالعام (famille jure proprio)،وهى دائرة العصبة من الأقارب (agnats) .

٣ — وأخيراً دائرة العشيرة (gens) .

٥٤ — ١. **العائلة بالمعنى الضيق** : يدخل فى تكوين العائلة بالمعنى الضيق رب الأسرة(pater familias)والأشخاص الأحرار الخاضعون لسلطته وهم فروعه من جهة الذكور ومن يلحق بهم فتشمل :

ا — رب الأسرة .

ب — زوجته إذا تزوجها بطريق الزواج مع السيادة (cum manu) اذ تعتبر

---

(٢) راجع بياناً موجزاً لهذا التطور فىهيفلان ، طبعة ١٩٢٧ . الجزء الأول ، صفحة ٢٢٩ وما بعدها .

فى هـــذه الحالة فى حكم البنت (loco filiæ) بخلاف ما إذا كان قد تزوجها بدون السيادة (sine manu) فانها تبقى فى عائلتها الأصلية .

جـ — أبناءه (filii) وبناته (filiae) الذين ولدوا من زواج شرعى ومن تبناهم

د — زوجات أبنائه إذا كان زواجهم لهن مع السيادة ، إذ يعتبرن بالنسبة لرب الأسرة فى مرتبة بنات الابن (loco neptis)

هـ — أبناء الأبناء (nepotis) أو بنات الأبناء (neptis) من زواج شرعى أو من التبنى وكذلك زوجات أبناء الأبناء متى كان الزواج مع السيادة .

لجميع هؤلاء أعصاب (agnats) بالنسبة لرب الأسرة وبالنسبة لبعضهم ، وتقطع تلك الرابطة اذا أخرجهم رب الأسرة عن سلطته سواء بتزويج بناته أو بنات أبنائه بطريق السيادة (in manu) أو ببيع أحدهم (in mancipio) ، أو باعطائهم بطريق التبنى أو بتحريرهم . ويفقدون بزوال رابطة القرابة المدنيـة كل الحقوق المترتبة عليها من ميراث ووصاية .

وينقسم أعضاء الأسرة المذكورون عنـد وفاة رب الأسرة إلى فريقين، يصبح الفريق الأول منهما مستقلا بحقوقه (sui juris) ، ويشمل هذا الفريق الابن والبنت والزوجة مع السيادة وأولاد الابن إن كان أبوهم ميتاً ، فيصبح كل من الأبناء رب أسرة وتخضع البنت والزوجة لوصاية آخر . أما الفريق الثـانى فيبقى تابعا لغيره (alieni juris) مثل ابن الابن إن كان أبوه حياً عند وفاة الجد ، إذ يخضع لسلطة أبيه كما كان تحت سلطة جده . وقد سمى أعضاء الفريق الأول باسم « ورثة أنفسهم » (heredes sui) ، وهو أثر من آثار النظام العائلى القديم إذ كان رب الأسرة يمثلها ويشترك مع أعضائها فى أموالها .

٥٥ — ٢ — العائلة بالمعنى العام La famille communi jure : هذه الدائرة أوسع من السابقة ، إذ تشمل كل الاعصاب من الحواشى كالاخوة والأعمام وفروعهم . فهى تشمل الأشخاص الذين اشتركوا بالفعل وقتا ما فى الخضوع لسلطة رب أسرة واحد ، وتشمل أيضا الأشخاص الذين لو بقى رب الأسرة حياً لاشتركوا فى الخضوع لسلطته ، وهم الفروع من جهة الذكور وإن نزلوا بشرط بقائهم فى العائلة.

فلا يدخل فى تكوين العائلة فروع الأناث ولا البنات اللاتى تزوجن بسيادة الزوج ولا الذين خرجوا من الأسرة بالتبنى أو التحرير . وعلى النقيض من ذلك تشمل الأسرة من دخلوا فى سلطة رب الأسرة من الأجانب عن العائلة بالتبنى أو منح البنوة الشرعية .

٥٦ — *كيفية احتساب درجة القرابة* : وتحتسب درجة القرابة فيما بين الأصول والفروع، أى فى السلسلة المتعاقبة، باعتبار كل جيل بدرجة ، فهناك درجة بين الابن وأبيه، ودرجتان بينه وبين جده وهكذا .

أما فيما بين الحواشى أى المتفرعين عن سلسلة متعددة كالاخوة والأعمام وفروعهم، فتحتسب درجة القرابة بمجموع الدرجات الفاصلة بين كل قريب والأصل المشترك، فمثلا يوجد بين الأخ وأخته درجتان، ويعتبر أبناء العم أقرباء من الدرجة الرابعة.

ومهما تعددت الفروع وابتعد الأصل فالقرابة المدنيـة باقية على مر العصور ، حتى اذا جاء عصر لا يمكن فيه تتبع سلسلة النسب ولا الوصول بالتحقيق إلى الأصل ، ولم توجد ثمة علامة للقرابة الا وحدة الاسم ووحدة العبادة ، فلا تزول صلة القرابة وانما يتغير اسمها وتسمى برابطة العشيرة ، وهى التى تنتظم أعضاء الدائرة الثالثة .

٥٧ — ٣ . *دائرة العشيرة* (Gens) : توجد بجانب رابطة العصب رابطة العشيرة (gentilitas) . والعشيرة، بحسب الرأى الراجح، عبارة عن مجموع من العائلات يظن نزولها من أصل واحد نظراً لاتحادها فى الاسم والديانة ولـكن دون امكان تتبع النسب للوصول بالتحقيق إلى الأصل.

وقد رتب القانون الرومانى فيما بين الأشخاص التابعين لعشيرة واحدة نفس الحقوق التى رتبها على قرابة العصب(agnatio) ، بمعنى أنه عند عدم وجود وارث من الأعصاب تؤول التركة إلى العشيرة جملة، وكذلك إذا توفى أحد أفراد العشيرة عن قاصر لم يكن له قريب من الأعصاب آلت الوصاية عليه لأفراد العشيرة. وقد زالت حقوق العشيرة هـذه منذ القرن الثانى من الامبراطورية بانحلال كل العائلات القديمة التى وجدت فى عهد الجمهورية بعد تقتيل زعمائها بواسطة الاباطرة المتعاقبين .

§ ٢ ـ العائلة الطبيعية LA FAMILLE COGNATIQUE

٥٨ — العائلة الطبيعية : تشمل هذه العائلة كل من تربطهم وحدة الدم، سواء من جهة الأب أو من جهة الأم ، فهى تشمل عدا الأعصاب ، أى الأقارب من جهة الذكور، الأقارب من جهة الأناث ، وكذلك تشمل من خرج عن سلطة الأب بالتبنى أو بالتحرير أو بالزواج مع السيادة .

وتنشأ هذه القرابة الطبيعية بين الابن وأمه فى كل الأحوال، بمعنى أنه مرتبط بها بقرابة الدم، سواء ولدته من زواج شرعى أو لا ، ولكنه لاينسب إلى أبيه إلا إذا ولد منه فى زواج شرعى . وتحتسب القرابة الطبيعية كالقرابة المدنية، إلا أنها لاتبق كالأخيرة مهما تعددت الفروع ، بل تزول القرابة الطبيعية إذا ابتعدت الدرجة لاختلاط الدم الذى هو الأصل في هذه القرابة .

٥٩ . آثار القرابة الطبيعية : اعتبرت القرابة الطبيعية منذ القانون القديم مانعاً من موانع الزواج، ثم أنتجت تدريجيا، بفضل تدخل البريتور ثم المشرع، نفس الحقوق المترتبة على القرابة المدنية من ميراث ووصاية ونفقة ، حتى جاء جوستنيان فأحل القرابة الطبيعية محل القرابة المدنية، فأصبح القانون الرومانى لا يعرف سوى نوع واحد من القرابة ، هى القرابة القائمة على وحدة الدم، كما هو الحال فى وقتنا الحاضر.

§ ٣ ـ رب الأسرة و المنزل PATER FAMILIAS—DOMUS

٦٠ ـ رب الاسرة (paterfamilias) : هو الرجل الذى لا يخضع لسلطة غيره، أى من كان مستقلا بحقوقه ورئيس بيته. فلا يشترط فيه أن يكون أبا، أى رب أسرة بالمعنى الصحيح (proprio jure) ، بل قد يكون مولودا جديدا ــ ولكن لاتكون له فى هذه الحالة سلطة أبوية (patria potestas) ــ وذلك لأن كلمة (pater)(١) لا يقصد بها هنا الأب ، بل يقصد بها الزعيم أو الرئيس ، فرب الأسرة هو رئيس أو زعيم المنزل (domus) .

٦١ – المنزل (domus) : يشمل هذا الاصطلاح المنزل ومن يسكنه

(١) يراجع معنى كلمة (pater) فى معجم أرنو وميه

من أحرار وعبيد وكذلك الأشياء الملحقة بالمنزل . فالمنزل والحالة هذه يكون وحدة دينية وسياسية واقتصادية، ورب الأسرة هو رئيسها الدينى (prêtre) وحاكمها السياسى (magistrat) ومديرها الاقتصادى (maître)

٦٢ — **أنواع السلطة داخل المنزل** : يميل أغلب الشراح إلى الاعتقاد بأن رب الأسرة كان يتمتع فى العصور الأولى بسلطة متشابهة بالنسبة للأشخاص والأشياء الكائنة بالمنزل ، وكان يطلق عليها لفظ واحد هو (manus)(١)، ثم تشعبت أنواع هذه السلطة واتخذت أسماء مختلفة ، فتسمى (patria potestas) بالنسبة للأولاد ، و (manus) بالنسبة للزوجة ، و (mancipium) بالنسبة للأولاد المباعين و (dominica potestas) بالنسبة للرقيق، و (dominium) بالنسبة للأشياء.

وقد سبق أن درسنا سلطة رب الأسرة على رقيقه (dominica potestas) وكذلك سلطته على الأولاد المباعين (mancipium) أما سلطته على الأشياء، أى الملكية (dominium) ، فمحل دراستها كتاب الأموال، فلا يبقى علينا اذاً سوى دراسة السلطة الأبوية (patria potestas) وكذلك السلطة الزوجية (manus) .

---

(١) راجع فى ذلك كيك ، طبعة ١٩٢٨ ، ص ١٣٠ — ١٣٥

الفصل الأول

السلطة الأبوية

سنقسم دراستنا للسلطة الأبوية إلى مباحث ثلاثة نتكلم فى الأول منها عن مصادر السلطة الأبوية وفى الثانى عن آثارها وفي الثالث عن انقضائها.

المبحث الأول - فى مصادر السلطة الأبوية

مصادر السلطة الأبوية ثلاثة :

١ — الولادة من زواج شرعي.

٢ — التبني. تكتسب السلطة الأبوية بتبنى شخص أجنبي عن الأسرة، سواء كان خاضعاً لسلطة غيره وهو التبنى بالمعنى الصحيح (adoptio)، أو كان مستقلا بحقوقه ويسمى هذا النوع من التبنى (adrogatio). (١)

٣ — وأخيراً تكتسب السلطة الأبوية بمنح البنوة الشرعية (légitimation) للولد الناتج من معاشرة غير شرعية (concubinat).

المصدر الاول — الولادة من زواج شرعى (٢)

٦٣ — يكتسب الأب السلطة الأبوية على الأولاد المولودين له من زواج شرعى ، سواء كان زواجه مع السيادة (cum manu) أم بدونها (sine manu)،

---

(١) وقد أطلق عليه الأستاذ على بدوى فى كتابه « مبادىء القانون الرومانى » اسم الادعاء . راجع المؤلف المذكور ، الطبعة الثانية ، صفحة ٤٩ .

(٢) يراجع : Déclareuil, Paternité et filiation légitime (Mélanges Girard) ; Tisset (P). Contribution a l'histoire de la présomption de paternité, thèse, Montpellier, 1921 : Lenel, das edictum 3 ed ., 1927, pp 311 — 312

إذ كلاهما زواج شرعى ، والأولاد المولودون من زوجته فى كلتا الحالتين أولاد شرعيون . وعلى ذلك يكفينا أن نعرف من هم الأولاد المولودون من الزواج .

وقد وضع الرومان لذلك قرينتان، الأولى منهما قرينة علمية قائمة على أن مدة الحمل لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد عن عشرة، فيجب، حتى يعتبر المولود نتيجة الزواج، أن يكون قد ولد بعد ستة أشهر من بدء الزواج وقبل مضى عشرة أشهر على انحلاله.

والثانية قرينة قانونية أساسها الثقة وحسن الظن اللازمين بين الزوجين ، ومبناها أن الولد الذى تكونت نطفته أثناء الزواج ، أى ولد بعد ستة أشهر من تاريخ انعقاده وقبل مضى عشرة أشهر على انحلاله ، يعتبر من عمل الزوج وينسب اليه تفريعا على ذلك، طبقا للقاعدة المشهورة "Pater is est quem nuptiae demonstrant".

على أن للأب باعتباره الحاكم والرئيس الدينى أن ينبذ المولود الجديد، بالرغم من قيام القرينتين المذكورتين، متى كان لديه من الأسباب ما يدعوه إلى الاعتقاد بعدم أبوته له .

المصدر الثانى — التبنى

٦٤ — **تعريف** : التبنى نظام قانونى يقصد به خلق السلطة الأبوية خلقاً اصطناعياً من طريق القياس على الرابطة الطبيعية (adoptio enim naturam imitatur)، فهو ينتج نفس الآثار التى تترتب على الولادة من الزواج . ويلجأ إليه عادة عند عدم تحقيق الزواج للغرض الأول المقصود منه وهو التناسل .

٦٥ — **أهمية التبنى فى روما** : كان للتبنى فى روما أهمية كبرى تفوق كثيراً أهميته فى الوقت الحاضر ، فقد لجىء اليه لتحقيق أغراض شتى دينية واجتماعية وسياسية:

أولا — لتخليد اسم العائلة وعبادة الأسلاف : كان من أقدس الواجبات على رب الأسرة فى نظر الرومان ، تخليد عبادة الأجداد ، إذ كانوا يعتبرونها من الضرورات اللازمة للأموات ، فلكل جد من الأجداد أعياد يجب احياؤها فى أوقاتها وتقديم القربان فيها عن روحه بمعرفة فروعه ، وكان يجب أن يقوم بتلك العبادات فرع من الذكور ، لذلك كان يلجأ رب الأسرة الذى لم يرزق بمن يخلفه من الذكور إلى التبنى ليضمن بعد وفاته بقاء اسمه وتخليد عبادته المنزلية .

ثانياً — لتخفيف قسوة الأحكام المتعلقة بالقرابة المدنية : يجب أن نذكر أن القرابة المدنية في روما كانت قائمة على السلطة الأبوية ، فكانت تفصل بين أشخاص تربطهم صلة الدم ولا تعترف بأي قرابة بينهم ، إما لمجرد نزول بعضهم من جهة الأناث أو لمجرد تحريرهم بمعرفة رب الأسرة (emancipatio) أو بسبب ولادتهم من غير زواج . فالتبني يسمح لرب الأسرة بادخال مثل هؤلاء الأشخاص فى العائلة.

ثالثاً — لتحقيق أغراض سياسية : لمنح الجنسية الرومانية لشخص لاتيني ، أو منح صفة الأشراف (patricien) لأحد أفراد العامة (plébéien) لتولى مناصب الحكم، أو منح صفة العامة لأحد الأشراف حتى يتمكن من تولى منصب حاكم العامة (tribun de la plèbe) ، وكذلك استخدم التبني كثيراً فى عهد الامبراطورية لاختيار وارث للعرش .(١)

٦٦ — *التمييز بين نوعين من التبني* : يوجد نظامان للتبني عند الرومان تبعاً لحالة المتبني ، الأول خاص بتبني شخص مستقل بحقوقه (sui juris) أي غير خاضع لسلطة غيره ويسمى هذا النظام (adrogatio) . والثاني خاص بتبني شخص تابع لغيره (alieni juris) ويسمى (adoptio) . ويختلف هذان النظامان فى إجراءاتهما وأحكامهما، ولذلك سندرسهما منفصلين.

§ ١ — تبني المستقل بحقوقه ADROGATIO

تمهيد : بمقتضى هذا النظام يدخل رب أسرة فى عائلة رب أسرة آخر باعتباره ابناً له . فهو مقصور على الذكور إذ هم وحدهم الذين يصح أن يكونوا أرباب أسر . ونظراً لخطورة النتائج التي تترتب على هذا النوع من التبني لما فيه من فناء عائلة برمتها وكذلك فناء عبادتها المستقلة ، فقد تشدد القانون القديم فى تحديد الاجراءات التي يتم بها والأحكام التي تترتب عليه . وسنتكلم على إجراءات هذا النوع من التبني وأحكامه فى القانون القديم ، ثم نبين التعديلات التي أدخلت على هذا النظام فى العصر الأخير من الامبراطورية .

---

(١) انظر جيرار ، الطبعة الثامنة ، ١٩٢٩ ، ص ١٨٦ ، ١٨٧

٦٧ ـــ ١ . *الإجراءات الشكلية . أهمية السياسية والدينية* : قلنا إن هذا النوع من التبنى كان يهم المدينة بأسرها (Cité) إذ المدينة مكونة من مجموع من الأسر، والتبنى (adrogatio) من شأنه أن يؤدى إلى فناء أسرة باندماجها فى أسرة أخرى، فكل تغيير فى نظام الأسر من شأنه أن يحدث تغييراً فى نظام المدينة ذاتها ، لذلك كان لابد من مصادقة المدينة ممثلة فى مجالسها الشعبية (com ces) على هذا التغيير .

كذلك كان لهذا النوع من التبنى علاقة وثيقة بالدين، إذ أن فى فناء العائلة قضاء على دياناتها العائلية ، لذلك كان لابد فى حصوله من تدخل الكهنة بما لهم من سلطة الاشراف على الديانات .

٦٨ — *تدخل الشعب والكهنة* : تبدأ إجراءات التبنى بقيام رجال الدين بعمل تحقيق. ثم يطلب انعقاد مجالس الشعب (comices curiates) بدعوة من الرئيس الدينى (pontifex maximus) الذى يسأل كلا من المتبنى والمتبنى ثم الشعب، فيما إذا كان كل منهم يوافق على التبنى أم لا، ثم يصوت الشعب بعد ذلك، فاذا أجاب بالموافقة يعلن فى حفلة دينية (la detestatio sacrorum) انفصال المتبنى عن ديانته الأصلية .

٦٩ — *تبسيط الاجراءات المتقدمة* : اضمحلت سلطة مجالس الشعب تدريجياً وصارت لا تجتمع إلا قليلا، حتى كان الامبراطور دقلديانوس (Dioclétien) فأوجب بدلا عن الاجراءات المتقدمة، صدور أمر أو قرار من الامبراطور بالتبنى (rescrit du prince)، باعتبار الامبراطور صاحب السلطة التشريعية والرئيس الدينى للدولة ، وبقى الحال على هذا المنوال حتى الامبراطور جوستنيان .

٧٠ - *شروط صحته أو شروطه الموضوعية* : لهذا النوع من التبنى شروط موضوعية يجب توافرها لصحته ويمكن حصرها فيما يأتى :

١ — يجب اتفاق الطرفين المتبنى (adrogé) والمتبنِي (adrogeant).

٢ — يجب أن يكون المتبنى (adrogeant) أهلا لاكتساب السلطة الأبوية ، فلا يصح للمرأة أن تتبنى ، كذلك الأجنبى ليس له أن يتبنى إلا طبقاً لقانونه الوطنى، إنما سمح لها بذلك فى القانون الحديث بشرط استئذان الأمبراطور وبقصد إيجاد صلات القرابة فقط .

٣ — هناك شروط أخرى ترجع إلى الاجراءات الشكلية المقررة لهذا النوع من التبنى . فمن هذه الشروط أن يحصل التبنى بروما ، وذلك لأن المجالس الشعبية لاتجتمع إلا في روما . ومنها أيضاً أن التبنى مقصور على الوطنيين الذكور البالغين اذ هم وحدهم الذين لهم حق حضور المجالس المذكورة . وقد زالت هذه الشروط عند ما صار التبنى يتم بأمر من الامبراطور (rescrit du prince) .

٤ — وهناك شروط مقررة للمصلحة العامة حتى لا يرغب الناس عن الزواج بسبب سهولة التبنى، كاشتراط أن يكون المتبنى (adrogeant) قد فات السن المقررة فى القانون (قوانين جوليا lois juliae) للزواج وهى ٦٠ سنة ،

٥ — يشترط أيضاً أن يكون المتبنى أكبر سناً من المتبنى ، وقد حدد جوستنيان الفرق بثمانية عشرة سنة على الأقل وهى السن التى يعتبر فيها الانسان قادراً على التناسل.

٦ — وأخيراً هناك شروط مقررة لحماية حقوق كل من ورثة المتبنى والمتبنى فلا يجوز التبنى لمن له أولاد من الزواج أو من التبنى .

واذا كان المتبنى قاصرا ، (يلاحظ أن تبنى القاصر لم يسمح به الا فى عهد الامبراطورية أى بعد زوال المجالس الشعبية)، وجبت موافقة الوصى ويتعهد المتبنى (adrogeant) برد مال المتبنى (adrogé) اذا انقضى التبنى قبل بلوغ هذا الأخير بموته أو بتحريره ، فيلزم برد مال المتبنى (adrogé) اليه إذا حرر أو الى ورثته إذا توفى قبل البلوغ . وللمتبنى (adrogé) عند بلوغه طلب تحريره اذا كان التبنى فى غير مصلحته، فكأن تبنى القاصر لا ينفذ نهائيا عليه إلا بعد بلوغه ورضائه وذلك منعا لاستعمال التبنى فى التغرير بالقصر .

٧١ — ٢ . آثاره : للتبنى أثران : الأول خاص بالأشخاص ، والثانى خاص بالأموال .

١ — فيدخل المتبنى، (adrogé) فى عائلة المتبنى(adrogeant) ويخضع لسلطة هذا الأخير.فيحمل اسمه، ويعتنق ديانة عائلته ، ويصبح عصباً لأعصابه وعضواً من عشيرته ، ولا يقتصر أثر التبنى (adrogatio) على المتبنى وحده (adrogé)،بل يتعداه إلى أفراد عائلته الخاضعين لسلطته فيخضعون معه لسلطة المتبنى .

٢ — كذلك تؤول أموال المتبنى (adrogé) إلى من تبناه دون أن ينتقل اليهما يكون

فى ذمة المتبنى من الديون نتيجة لانقضاء صفته العائلية (capitis deminutio)، كما سنرى ذلك عند الكلام على الموت المدنى .

ولم يغير الامبراطور جوستنيان من أحكام نظام التبنى (adrogatio)، كما فعل بالنسبة لتبنى الشخص الخاضع لسلطة غيره (adoptio). غير أن المتبنى(adrogé)قد استفاد من نظام الحوزات الذى زاد من أهلية ابن الأسرة و الذى أباح لهذا الاخير تملك بعض الأموال الآيلة اليه من طريق آخر غير طريق أبيه باعتبارها حوزة خارجية(bona adventicia) فتطبيقا لذلك احتفظ المتبنى (adrogé) بملكية أمواله باعتبارها حوزة خارجية (bona adventicia)، ليس للمتبنى (adrogeant) عليها سوى حق ادارتها والانتفاع بها .

§ ٢ – تبنى الخاضع لسلطة غيره ADOPTIO

٧٢ — تعريف : يمكن تعريفه بأنه تصرف قانونى بمقتضاه ينتقل شخص خاضع لسلطة غيره (alieni juris)، ذكراً كان أو أنثى، من عائلته الأصلية الى عائلة أخرى . ولا يترتب على هذا النوع من التبنى انقضاء عائلة أو فناء ديانة من الديانات، ولذا فليست له الأهمية السياسية والدينية التى لنظام التبنى المسمى (adrogatio)، بل هو نظام من الأنظمة التابعة للقانون الخاص .

٧٣ — اجراءات الشكلية : يتم هذا النوع من التبنى تحت اشراف الحاكم القضائى وهو البريتور (préteur) فى روما والحاكم (gouverneur) فى الولايات التابعة لها . وقد كانت اجراءاته كثيرة التعقيد لأن القانون الرومانى لم يكن يجيز لرب الأسرة أن يتنازل عن سلطته الأبوية إلى شخص آخر ، لذلك تحايل الرومان للوصول إلى تحقيق التبنى بوسيلة غير مباشرة تقوم على عمليتين ، يقصد بالأولى منهما إخراج المتبنى (adopté) من سلطة رب أسرته الأصلية ، ويقصد بالثانية إدخاله، أى المتبنى(adopté)، فى سلطة المتبنى (adoptant) .

العملية الأولى — ويقصد بها انقضاء سلطة الأب الطبيعى — اقترح رجال الدين(les pontifes)لتحقيق هذا الغرض استنهاض نص من نصوص قانون الاثنى عشر

لوحاً يقضى بتحرير الابن من سلطة أبيه إذا باعه هذا الأخير ثلاث مرات واستنتج الشراح من قصر هذا النص على الابن أنه يكفى بيع البنت وكذا الفروع الآخرين، أى الأحفاد، مرة واحدة. فافتوا بأن لرب الأسرة أن يبيع ابنه ثلاث مرات (مرة واحدة إن كان المتبنى adopté، بنتاً أو حفيداً) إلى مشتر صورى وهذا يعتقه فى المرتين الأولى والثانية فيعود إلى سلطة والده وبالبيع فى المرة الثالثة يتحرر الولد من سلطة أبيه الطبيعى ويخضع لسلطة مشتريه الصورى (in mancipio).

العملية الثانية — يقصد بها إدخال المتبنى تحت سلطة المتبنى — هنا أيضا اقترح الكهنة استخدام أحد النظم القانونية، وهى الدعوى الصورية (in jure cessio) فى غير ما وضعت له فى الأصل . وقد سبق أن رأينا كيف استخدمت تلك الدعوى لتحرير العبد (affranchissement)، فيرفع المتبنى (adoptant) دعوى صورية على من بيده الابن المقصود تبنيه مدعياً أن الولد ابنه ، ويعترف المدعى عليه أمام القاضى (cedit in jure) بصحة دعوى المتبنى ، فيحكم القاضى بالحاق (addictio) الولد بالمدعى باعتباره ابنه ، وبذلك يدخل الولد فى سلطة المتبنى بناء على قرار القاضى المذكور .

٧٤ — *السبب فى تعقيد اجراءات التبنى* : يلاحظ على الاجراءات المتقدمة كثرة تعقيدها ، إذ كان من الممكن الاستغناء عن العملية الأولى ورفع الدعوى الصورية مباشرة من المتبنى على الأب الطبيعى، ولكن كان هناك ما يمنع الرومان من اتخاذ هذا الطريق المباشر . ذلك أن السلطة الأبوية (patria potestas) كانت من أقدس النظم القانونية لدى الرومان فكان يحرم القانون المساس بها أو التنازل عنها ، الأمر الذى حمل الرومان على استخدام نص القانون القاضى بزوال السلطة الأبوية فى حالة بيع الأب لابنه ثلاث مرات محملين القانون دونهم مسئولية زوال تلك السلطة .

٧٥ — *تبسيط الاجراءات المتقدمة فى عصر جوستنيان* : بقى هذا النظام متبعاً حتى عهد الامبراطور جستنيان، فكان يتم التبنى باقرار من الوالدين، الاصلى والاصطناعى، امام القاضى يدونه الكاتب (greffier) فى وثيقة (acte d'adoption) مع موافقة الابن .

٧٦ — **شروط الصحة أو الشروط الموضوعية** (conditions de fond) :

١ — يجب اتفاق الأبوين (patres familias) وقدكان الاتفاق بمجرده كافيا حتى عهد جوستنيان حيث قرر هذا الأخير وجوب عدم معارضة الولد للتبنى .

٢ — يجب أن يكون المتبنى (adoptant) أهلا لاكتساب السلطة الأبوية فلا يجوز لكل من المرأة أو الأجنبى أن يتبنى . إنما سمح للمرأة بذلك،كما بينا عند الكلام على النوع الأول (adrogatio) ، بقصد ايجاد صلات القرابة فقط .

٣ — يجب أن يكون الطرفان فى حالة تتفق مع التبنى بأن يكون المتبنى (adoptant) أكبر سناً من المتبنى (adopté) وقد حدد جستنيان الفرق بثمانية عشرة سنة ، إنما لا يشترط فى المتبنى (adoptant) أن يكون قد بلغ سن الستين كما هو مشروط فى التبنى من النوع الأول (adrogatio) . إلا أنه يلاحظ أن للأعزب والعنين حق التبنى رغم أن حالتهما ليس من شأنها اكتساب الابوة .

٧٧ — **آثار التبنى** : يجب التفرقة بين حكم التبنى قبل عهد جوستنيان وبينه فى عهد هذا الامبراطور الذى أدخل تعديلات هامة على نظام التبنى .

آثار التبنى قبل جوستنيان : يختلف هذا النوع من التبنى عن تبنى الشخص المستقل (adrogatio) فى أن أثره لا يتعدى المتبنى (adopté) ، فان كان لهذا الأخير أولاد فأنهم يبقون فى عائلتهم الأصلية، كذلك فان آثار هذا النوع من التبنى قاصرة على حقوق المتبنى (adopté) العائلية دون الحقوق المالية إذ ليس له مال ، ويمكن حصر آثار التبنى فى أمرين :

١ — يدخل المتبنى فى عائلة متبنيه كأحد فروعه فى الدرجة المبينة فى وثيقة التبنى وهذا فى مواجهة المتبنى (adoptant) وأفراد عائلته .

فبالنسبة للمتبنى (adoptant) يخضع الابن الجديد لسلطته الأبوية (patria potestas) كما لو كان قد ولد له من زواج شرعى فيحمل اسمه واسم عشيرته ويعتنق دياناته ويكتسب مايترتب على القرابة المدنية من الحقوق وخاصة حق الميراث من متبنيه .

وبالنسبة لأقرباء المتبنى يصير واحداً منهم، عصبا للأعصاب وعضوا من العشيرة.

٢ — ومن ناحية أخرى يخرج المتبنى من عائلته الاصلية ومن دينه السابق

فتقطع عنه السلطة الأبوية ويستتبع ذلك فقده حق الميراث من أبيه ، كذلك تنقطع صلته المدنية بأفراد عائلته الأصلية ويعتبر غريباً عن عشيرته .

لكن القرابة الطبيعية (cognatio) تبقى . وقد وثقت تلك الرابطة تدريجياً بازدياد الحقوق المترتبة على القرابة الطبيعية ، ومن أهمها حق الارث ، فقد منح البريتور للابن حق الارث من أبيه إذا حرره هذا الأخير ، بالرغم من انقطاع الصلة المدنية، استناداً إلى بقاء الرابطة الطبيعية . إنما إذا خرج من سلطة أبيه بطريق التبني فانه يحرم من الارث منه وذلك لأنه يكتسب بالتبنى حقوقاً في عائلته الجديدة تعوضه عن حقوقه في عائلته الطبيعية . ولذلك منحه البريتور حق الارث من أبيه الطبيعي ، إذا حرره المتبنى ثم مات والده حتى لا يحرم من الارث في العائلتين . إنما هناك حالة قد يحرم فيها من الارث فى العائلتين فى وقت واحد ، هى حالة ما إذا حرره المتبنى بعد وفاة أبيه الطبيعى إذلا رجوع في توزيع التركة .

٧٨ — *آثار التبنى فى قانون جستنيان*: أحدث جستنيان في نظام التبنى تعديلات هامة استلزمها احلال القرابة الطبيعية محل القرابة المدنية فى الأهمية ففرق بين نوعين من التبنى :

النوع الأول — التبنى الناقص — (adoptio minus plena) ولقد جعله الأصل وبمقتضاه لايخرج الابن من سلطة أبيه . ولا من عائلته الأصلية ، بل يحتفظ بحقوقه كاملة فى عائلته الأصلية بما فيها حق الارث ، وكل مايترتب على التبنى هو إكتساب المتبنى (adopté) حق الارث من متبنيه .

النوع الثانى — أبقى التبنى بآثاره الأولى وأسماه بالتبنى الكامل (١)(adoptio plena) فى حالتين فقط :

ا — إذا كان المتبنى أحد أصول المتبنى ولم يكن هذا الأخير خاضعاً لسلطته . مثال ذلك : تبنى رب أسرة ابن ابنه المحرر (émancipé) بقصد إدخاله أى (ابن ابنه) فى عائلته .

ب — إذا كان المتبنى (adopté)محجوباً فى عائلته الأصلية بوارث آخر أقرب منه فى الدرجة . فاذا أعطى ابن الابن بطريق التبنى حال حياة أبيه ترتب على هذا

---

(١) راجع R, Monier, A propos de l'adoptio plena du droit de Justinien (Studi Albertoni, 1933, pp 335-339).

التبنى الآثار الكاملة المتقدم الكلام عليها إذ ابن الابن محجوب بأبيه . إنما إذا زال الحاجب بأن توفى الأب قبل وفاة الجد تحول التبنى المذكور من تلقاء نفسه إلى تبن ناقص. (١)

المصدر الثالث — منح البنوة الشرعية أو تصحيح النسب (٢)

LA LEGITIMATION

لم يظهر هـــذا النظام إلا في العهد الأخير من الامبراطورية وهو مرتبط بالمعاشرة (concubinat) التى لم يعترف القانون الرومانى بمشروعيتها إلا ابتداء من الوقت المذكور فمنح البنوة الشرعية للأبناء المولودين من تلك المعاشرة فى أحوال خاصة فترتب على ذلك خضوعهم لسلطة أبيهم الطبيعى

وهو يتم بثلاث طرق :

٧٩ - ١٠ **بالزواج اللاحق** (mariage subséquent) فبزواج الرجل بخليلته يخضع الابن المولود لهما لسلطة أبيه الطبيعى . وقد تقررت القاعدة المذكورة منذ العهد المسيحى لتشجيع الوالدين على تصحيح علاقتهما غير الشرعية واشترط جستنيان لذلك شروطاً ثلاثة :

ا — أن يكون برضا الابن الطبيعى إذ الابن الطبيعى مستقل بحقوقـــه (sui juris) فلا يصح أن يجبر على الخضوع لسلطة غيره بدون رضاه

ب — أن يكون الزواج ممكناً قانوناً وقت تكوين نطفة الولد، فاذا كان أحد الوالدين متزوجا وقت حصول الحمل كان الولد وليد زنا ولا يمكن منحه البنوة الشرعية.

ج — الشرط الأخير خاص بالشكل ويقضى بوجوب تحرير عقد بالزواج (instrumentum dotale).

٨٠ — ٢٠ **بقرار من الامبراطور** (rescrit du prince) : ويجوز

---

(١) كيك . طبعة ١٩٢٨ ، ص ٢٠٢ - وجيرار ، طبعة ١٩٢٩ ، ص ١٩٨ . وهناك من الشراح من يعارض فى اعتبار هذه الحالة من التبنى الكامل، ومنهم كولينه وجيفار ، موجز القانون الرومانى ، الجزء الأول ، نبذة ٣٩٠ - ومونييه ، ١٩٣٥ الجزء الاول ، صفحة ٣٢١ .

(٢) راجع Bonfante, Corso 1, pp 273-277 Cuq, Manuel, 1928, pp (203-204)

للامبرا طور أن يمنح البنوة الشرعية فى الأحوال التى يتعذر فيها الوصول إلى هذه النتيجة بطريق الزواج اللاحق لوفاة الأم مثلا أو غيابها ، أو لزواجها من آخر بعد المعاشرة .

ويكون ذلك بناء على طلب الأب ، وبقرار من الامبراطور ولو بعد وفاة الأب المذكور ، كأن يكون قد أبدى رغبته فى ذلك قبل وفاته ، ويشترط فيه ما يشترط في الطريقة الأولى من عدم اعتراض الابن ومن أن يكون الزواج ممكناً وقت الحمل وإن كان هناك خلاف في هذاالشرط ، وهناك شرط ثالث ، هو ألا يكون للأب أولاد شرعيون منزواج آخرحتىلا يمس ذلكمصالحهمفيالميراث.

٨١ — ٣. بنذره الى المجالس البلدية (oblation à la curie) : تقررت هذه الطريقة في عهد تيودوز الثانى وفلاتنيان الثالث سنة ٤٤٢ ميلادية وبواسطتها تمنح البنوة الشرعية لمن ولد من معاشرة غير شرعية ، فاذا كان ذكرا وهبه أبوه إلى المجلس البلدى (la curie) ، أما اذا كانت انثى زوجها أبوها باحد أعضاء المجلسالمذكورويطلق عليهم (décurions) . وكان يتكون من هذه المجالس فى المدن طبقة من الأشرافتشبهطبقة أعضاء السناتو بروما، وكان أعضاؤهامكلفين بتحصيل الضرائب ويسألون عن جبايتها في أموالهم الخاصة ولذلك اهتم الأباطرة بالحصولعلىأعضاء لهذهالمجالسبكلالوسائل. ومن هذه الوسائلمنح البنوة الشرعية لمن يهبه أبوه لعضوية تلك المجالس . وكان يجب على الأب الذى يهب ابنه للعضوية أن يمنحه قدراً معيناً من المال أو الأراضى هو نصاب العضوية فى هذه المجالس .

على أنه يلاحظ أن أثر الطريقة الأخيرة قاصر على اخضاع الابن الطبيعى لسلطةأبيه دون أن يترتب على ذلك دخوله فى أسرة والده فلا يعتبر عصباللأقارب الأبولا عضوا لعشيرته .

المبحث الثانى

فى آثار السلطة الأبوية وحالة أولاد الاسرة

السلطة الأبوية (patria potestas) هى تلك السلطة التى لرب الأسرة على أولاده وأولاد أولادهمن الذكور، فهى تشمل أبناءه (filii) وبناته (filiae) وأبناء أبنائه (nepotes) وبنات أبنائه (neptes) . وتتميز عن سلطته على عبيده (dominica potestas) من الأوجه الآتية :

١ — لا يجوز لرب الاسرة التنازل عن السلطة الأبوية لغيره بطريق الاشهاد بخلاف سلطته على رقيقه فله أن ينقلها لغيره ببيع العبدله.

٢ — بيع الابناء بطريق الاشهاد (mancipatio) أثره مؤقت ولا يكسب المشترى السلطة الابوية على الابن المبيع .

٣ — عند موت رب الاسرة يصبح أولاده الذين في الدرجة الاولى وهم المسمون بورثة أنفسهم (heredes sui) مستقلين بحقوقهم (sui juris). أما الارقاء فلا يتغير حالهم بموت سيدهم فهم جزء من التركة ينتقلون معها الى ملك الورثة.

وقد بدأت تلك السلطة مطلقة ثم حدت تدريجيا نتيجة نمو شخصية الابن .

§ ١ — تاريخ السلطة الابوية

٨٢ — *سلطة رب الاسرة مطلقة فى العصر القديم* : يمكن الكلام على آثار السلطة الابوية فى القانون القديم فى قسمين ، نذكر فى القسم الأول أثر تلك السلطة بالنسبة للاشخاص ، وفي القسم الثانى أثرها بالنسبة للأموال.

ا — *بالنسبة للاشخاص* : كانت سلطة رب الأسرة على أولاده مطلقة في القديم.فهو الذى يقرر عند الولادة ضم المولود لعائلته أو نبذه . وهو الحكم الاعلى والقاضى فى عائلته، فهو الذى يعاقب على الجرائم التى ترتكب داخل العائلة بالاشتراك مع

مجلس العائلة (concilium propinquorum) وله بناء على هذا الاعتبار حق الموت والحياة على أولاده ذكوراً كانوا أو إناثاً مع قيد شكلى هو استشارة أقاربه دون التقيد برأيهم . وله أن يبيعهم عقاباً لهم كعبيد فيما وراء نهر التبر . وله أن يبيعهم داخل روما بطريق الاشهاد الا أن قانون الاثنتى عشرة لوحة حد من حقه هذا فقصره على بيع ابنه ثلاث مرات يتحرر الابن بعدها من سلطته . وله أن يزوج أولاده كيفما شاء دون حاجة لأخذ رضائهم .

ب - بالنسبة للأموال - رب الأسرة هو المالك الوحيد لأموال الأسرة مدة حياته، فله أن يتصرف فيها بكافة أنواع التصرفات فى أثناء حياته أو لما بعد وفاته بالوصية بل وله أن يحرم أولاده من الميراث إذا أراد ذلك .

٨٣ - سلطة مقيدة فى العصر الحديث : هذه السلطة المطلقة كان من الممكن تفسيرها فى العصور الأولى لروما حيث كانت العائلة متحدة فى المعيشة والدولة الرومانية قاصرة على بقعة محدودة ولكن ظهرت صفتها التعسفية بتفكك العائلة وباتساع أرجاء الدولة الرومانية نتيجة فتوحاتها الواسعة في إيطاليا وأفريقيا . فتقررت قيود شتى تحد من تلك السلطة المطلقة ، وظهرت بجانب فكرة السلطة (potestas) التى لرب الأسرة ، فكرة الواجب (officium) واجب الحب والعطف نحو من تربطهم به صلة الدم (devoir d'affection) . وما تاريخ السلطة الأبوية الا عبارة عن تاريخ لقيودها التدريجية .

١ - فبالنسبة للأشخاص : حرم على رب الأسرة نبذ مولوده . كذلك قصر حقه فى بيع أولاده على حالة الضرورة القصوى وعدم قدرته على الانفاق عليهم ، وللابن أن يشترى نفسه بأن يعوض مشتريه بعمله مايكون قد دفعه هذا الأخير ثمناً لشرائه . كذلك سلب حقه فى اعدام ولده عقاباً له على جرائمه ، بأن جعل حق العقاب للقضاء لا للأب ، وقصر حق هذا الأخير على مجرد التأديب البسيط (١) . كذلك حرم على الأب تزويج ولده بدون أخذ رضاه . ثم تقرر للابن حقوق قبل والده فأوجب القانون على الأب مساعدة ابنه المعوز بقدر حالته ومنح الابن

(١) جيرار ، طبعة ١٩٢٩ ، ص ١٥٢ - كيك ، طبعة ١٩٢٨ ، ص ١٣٦ .

الحق فى مطالبة أبيه بالنفقة المذكورة . كذلك سمح للابن بالالتجاء الى القضاء للتظلم من سوء معاملة أبيه .

٢ – **وبالنسبة للاموال** : بقى رب الأسرة هو المالك المتصرف لأموال الأسرة الا أنه حرم عليه حرمان ورثته بدون وجه حق إذ يقضى عليه واجب الحب لورثته (officium pietatis) أن يترك لهم جزءا من التركة وقد حدد العرف هذا الجزء بالربع وسمى بالربع الشرعى (la quarte légitime) . وأخيراً بعد أن كان رب الأسرة هو المالك الوحيد فى العائلة اعترف للابن بأهلية تملك بعض أموال تسمى بالحوزات (pécules) .

والآن وقد درسنا حقوق رب الأسرة المستمدة من سلطته الأبوية يحسن اتماماً للفائدة أن نكمل هذه الدراسة ببحث آخر نبين فيه حالة ابن العائلة مع مقارنتها بحالة العبد وذكر ما بينهما من أوجه الشبه ومن أوجه الخلاف .

§ ٢ - حالة ابن الأسرة ومقارنتها بحالة العبد

٨٤ – *أوجه الخلاف بين العبد وابن الأسرة* : يمكن حصر هذه الأوجه فيما يأتى :

١ — يتمتع ابن الأسرة دون العبد بالحرية وبالوطنية فلا يختلف كثيراً عن رب الأسرة فيما يتعلق بالحقوق العامة فهو وإن كان خاضعاً لرب الأسرة داخل المنزل (domus) إلا أنه مستقل عنه تماماً فى المدينة (cité) فهو أهل لتقلد المناصب العامة فى الحكومة أو القضاء وبذا قد يصل من هذا الطريق الى أن تكون له سلطة على رب أسرته .

٢ — يعتبر ابن الاسرة عضواً من العشيرة (gens) ويحمل اسمها بخلاف العبد فانه لا يعتبر فرداً من العشيرة .

٣ — اعتبر ابن الاسرة دائماً من الأشخاص (personnes) وله بناء على هذا الاعتبار بعض الحقوق العائلية فله أن يتزوج وقد اكتسب فى العصر العلمى حقوقا قبل أولاده ، بخلاف العبد فهو يعتبر من الاشياء وليست له حقوق عائلية

٤ — يصبح ابن الاسرة عند وفاة أبيه مستقلا بحقوقه (sui juris) ويرث منه أموال الأسرة بخلاف العبد فانه يعتبر جزءا من التركة ولا يتغير حاله بعد موت سيده بل يبقى عبداً وينتقل إلى سيادة الورثة .

٥ — كذلك لابن الأسرة حقوق مالية (droits patrimoniaux) فله كقاعدة عامة أن يقاضي ويقاضى وله أن يتعاقد ويلتزم وبالتالى أن يصير دائنا أو مدينا . والتزامه الناشىء عن تعاقده ملزم له مدنياً (jure civile) لا طبيعياً فقط كما هو حال العبد . (١)

٨٥ — **أوجه الشبه بينهما** : على أن شخصية الابن هذه تبقى غير ظاهرة الأثر ونظرية محضة مدة حياة رب الأسرة إذ رب الأسرة هو المالك الوحيد فى العائلة والمتصرف المطلق فى أموالها، لذلك كانت حالة ابن الأسرة شبيهة بحال العبد فيما يتعلق بالأموال :

١ — فكل منهما اداة لا كتساب الحقوق لمصلحة رب الأسرة إذ كل ما يؤول إلى الابن من تركة أو يصدر اليه من الهبات أو الوصايا يؤول إلى رب الأسرة، كذلك كل ما يحصل عليه من ثمرة عمله يذهب إلى رب الأسرة ومركزه فى ذلك مركز العبد تماما .

٢ — كذلك قد يعهد رب الأسرة إلى ابنه استثمار جزء من أمواله يقال له حوزة (peculium). وهذه الحوزة مع بقائها قانونا ملكا لرب الأسرة الا أن لها كيانا مستقلا عن بقية أمواله فلها جانب ايجابى (actif) وجانب سلبى (passif). والواقع أن الابن يديرها وينتفع بها انتفاع المالك تماما. الا أنه عند وفاة الابن ترد تلك الحوزة إلى الأب باعتبار الأخير مالكا لها لا وارثاً . ولهذا الاعتبار أهميته إذ لا يلزم رب الأسرة بالديون التى يكون قد عقدها ابنه بخصوص تلك الحوزة الا بقدر قيمتها وبقدر الفائدة التى حصل عليها من تصرفات الابن (enrichissement) ، بخلاف ما اذا اعتبر وارثاً لتلك الحوزة عن ابنه فانه يسأل عن الديون المذكورة برمتها وليس فى حدود قيمة الحوزة فقط. والخلاصة أن رب الأسرة قد يستفيد من الحوزة ولكن لا يمكن أن يضار بسببها .

---

(١) راجع كيك ، طبعة ١٩٢٨ ، ص ١٤١ — جيرار ، طبعة ١٩٢٩ ، ص ١٠٦ هامش ٥ ، ص ١٥١ ، ١٥٤ . هامش ٢ ، ٢٦٤

٣ — وأخيراً قد يعهد رب الأسرة إلى ابنه أمر ادارة تجارة بحرية او بريه أو مباشرة تصرف معين، فني الأحوال المتقدمة ،كما فى حالة العبد، يلزم رب الأسرة بما ينشأ عن تنفيذ تفويضه من الديون كاملة بالدعاوى التى سبق لنا دراستها وهي دعوى التجارة البحرية (actio exercitoria) ودعوى التجارة البرية (actio institoria)الدعوى المسماة (actio quod jussu).فابن الأسرة لايختلف فيما تقدم عن العبد.

٨٦ — *تطور مركزهم فى عهد الامبراطورية* : يتبين مما تقدم أنه يمكن تشبيه حالة ابن الأسرة بحالة العبد فيما يتعلق بالحقوق المالية الا أن أوجه الخلاف بدأت فى الظهور منذ عهد الامبراطورية حيث اعترف لابن الأسرة :

١ — بأهليته للالتزام مدنياً بعقوده وهو مالم يعترف به أصلا للعبد

٢ — بتملك بعض أموال خاصة تؤول اليه من غير طريق والده وهى ثلاثة أنواع: حوزة حربية (peculium castrense) وحوزة شبيهة بالحربية (peculium quasi castrense) وحوزة خارجية (peculium adventicium)

٨٧ — *أهلية ابن الاسرة للالتزام مدنيا بعقوده* [1] : قرر الفقهاء فى العصر العلمى للابن أهلية الالتزام مدنيا (jure civile) بعقوده فيجوز رفع الدعوى عليه لمطالبته قضائياً بتنفيذ الالتزامات المترتبة على عقوده وله أن يقاضى بصفته مدعيا فى بعض الأحوال، ومن تلك الأحوال المنصوص عليها صراحة دعوى الاعتداء (action d'injure) فله رفعها شخصياً ضد من يعتدى عليه بالضرب أو السب .

وهذا بخلاف العبد فانه لم تكن له تلك الأهلية في وقت من الأوقات فهو لا يلتزم — كما سبق بيانه — بما ينشأ عن العقود التى يباشرها من الالتزامات الا باعتبارها التزامات طبيعية كما أنه ليس له أن يقاضى أو يقاضى. ولكن يلاحظ أن أهلية ابن الأسرة للالتزام بقيت نظرية طوال الفترة التى لم تكن له فيها أموال. إذ تبقى التزامات الابن معطلة الأثر حتى يموت رب الاسرة ويرثه الابن وعندئذ فقط يمكن تنفيذها فى

---

(١) راجع للتوسع G. Le Bras, Esquisse, bibliographie et conclusions d' un cours de Pandectes. les contrats personnels du fils de famille à Rome (Revue internationale de l'enseignement, octobre 1931, pp 241—263).

نصيبه من التركة . وبقيت الحال كذلك حتى اعترف له بحيازة بعض الحوزات وتملك بعض الأموال .

٨٨ — **عدم أهلية لعقد القروض** : لم تبق أهلية ابن الأسرة مطلقة بل قيدت بقرار من مجلس الشيوخ (senatus -consulte Macédonien) ،صدر بين عامى ٦٩ — ٧٩ م ، حرم على ابن الأسرة عمل القروض ما لم يوافق والده أو يكن له حوزة مملوكة له . وكان الغرض من هذا التحريم منع المرابين من استغلال الشبان ومنع الابناء من الاسراف واحراج آبائهم . وقد كان السبب المباشر في وضع هذا القانون أن ابناً قتل أباه لعدم تسديد ديونه . وقيل بأن الاسم الذى أطلق على هذا القانون مأخوذ من اسم القاتل .

٨٩ — **لابن الأسرة حيازة بعض أموال أخرى غير حوزة أبيه** : هذه الأموال ثلاثة أنواع :

١ . النوع الأول: الحوزة الحربية[١] (peculium castrense) يرجع ظهور هذا النظام إلى تغيير نظام الجندية عند الرومان . فبعد أن كان الجيش فى عهد الجمهورية يحصل تجنيده عند قيام الطوارىء ، أصبح جيشاً دائماً مكوناً من جنود محترفة (mercenaires) . فللابقاء على الجيش وتشجيعاً لأبناء الأسر على الانخراط فى سلك الجندية ، منح الامبراطور (Augustus) لابن الأسرة الحق فى الاحتفاظ بالأموال التى يكتسبها بصفته جندياً . وتشمل هذه الأموال مرتبه ونصيبه من الغنائم والهبات أو الوصايا الصادرة إليه من رفقائه فى الجندية الخ . . . ويختلف حكم هذه الحوزة عن حكم الحوزة التى يحصل عليها الابن من أبيه بأن حقه عليها غير قاصر على الانتفاع بها بل له أيضاً أن يتصرف فيها حال حياته ، بل ولما بعد وفاته بطريق الوصية ، وهو ما يفيد أن حقه عليها حق ملكية بخلاف حقه على حوزة أبيه فقاصر على الانتفاع .

---

(١) راجع التوسع Appleton, Les pouvoirs du fils de famille sur son pécule castrense, (Nouv rev. hist. de droit, t xxxv, 1911, p 593 et suiv) , Fitting, das castrense peculium, 1871 ; Bonfante' Corso, 1, 1925 pp 93—100, 104—105 ; Cuq. Manuel, 1928, pp. 147- 148; Girard, Manuel, 1929, pp 145 et s.

على أنه يلاحظ في العصر العلمي أن الأب لم يفقد كل حقوقه على الحوزة الحربية المذكورة ، بدليل أن الابن إذا توفي من غير أن يوصى بماله من الحوزة الحربية فأنها كانت تؤول إلى أبيه بنفس الشروط الخاصة بالحوزة التى حصل عليها من أبيه بمعنى أنه لا يلزم بالديون إلا بقدر الحوزة فقط.

وقد تغير الحكم المذكور فى عهد جوستنيان فصار الأب يخلف ابنه فى حوزته الحربيــة باعتباره وارثاً له (jure hereditatis) وهو لا يرثه إلا عند عـــدم الفروع والاخوة والاخوات وبذلك خرجت هـذه الاموال فى عهد جوستنيان عن اعتبـارها حوزة وصارت مالا خاصاً للابن ليس للأب عليـه سوى حق الارث .

٢ ـــ النوع الثانى : الحوزة شبه الحربية (peculium quasi castrense) . أنشأ الامبراطور قسطنطين هذا النظام على أثر اتساع البلاط الامبراطورى وازدياد عدد الموظفين المحيطين بالامبراطور . فبسط نطاق أحكام الحوزة الحربية على ما يحصل عليه الابن بصفته موظفاً عمومياً أو قسيساً وشملت أخيراً ما يحصل عليه الابن المحامى من الاتعاب وكذلك الهبات الصادرة إليه من الامبراطور .

٣ـــ النوع الثالث: الحوزة الخارجية (peculium adventicium) ـــ تشمل فى عهد جستنيان كل الاموال التى تؤول إلى ابن الأسرة من غير طريق والده ولا تدخل في أحد النوعين السابقين . فهى تشمل مثلا ما آل إليه من ميراث أمه أو زوجته أو من هبات خطيبته .

ويختلف حكم هذه الحوزة عن الحوزتين السابقتين فى أن للوالد حق إدارتهـا والانتفاع بها حال حياته مع بقاء ملكية الرقبة للابن .

المبحث الثالث ـــ فى انقضاء السلطة الابوية

تبقى السلطة الابوية كقاعدة عامة ما دام رب الاسرة حيا فلا تنقضى ببلوغ الابن (majorité) إذ هى مقررة لمصلحة الاسرة ورئيس العائلة لا لحماية الابن . هذا هو الاصل ، إلا أنها قد تزول قبل موت رب الاسرة لاحد الاسباب الآتية :

١ — وفاة الابن .

٢ — موت الاب أو فقده الحرية أو الوطنية أو صيرورته تابعا لغيره بالتبنى مثلا

٣ — منحة قانونية للابن إذا رفع الى مناصب معينة كمنصب كاهن فى العهد الوثنى أو أسقف فى العهد المسيحى أو كمنصب قنصل أو قائد الخ .

٤ — لعدم جدارة الاب للاحتفاظ بالسلطة الابوية بسبب تركه طفله ونبذه أوبسبب تحريض ابنته على الفسق والفجور أوبسبب عقده على أحد المحارم (mariage incestueux) .

٥ — وأخيراً بالتحرير (emancipatio) .

وسنقتصر على دراسة التحرير (emancipatio) ببيان اجراءاته وآثاره .

٩٠ - **التحرير** : هو عمل قانونى بمقتضاه يخرج رب الاسرة من سلطته ابنه أو ابنته فيصبح كل منهما مستقلا بحقوقه (sui juris) . وهويصدر من رب الاسرة وحده دون موافقة الابن . وقد كان الأصل فيه فكرة العقاب (punition) فهو بمثابة حرمان (déchéance) للابن من حقوقه فى عائلته وعشيرته . فالابن المنبوذ من المنزل العائلى (domus) منبوذ أيضاً من أهله وعشيرته ويفقد بذلك حقوقه فى الارث والوصاية والقوامة التى كانت له فى عائلته . وقد يلجأ الاب الى تحرير ابنه فى حالة عوزه واعساره إذا كانت أموال العائلة لاتكفى لاطعام الأبناء جميعاً .

على أن صفة التحرير قد تغيرت فبعد أن كان الباعث عليه الرغبة فى عقاب الابن العاق صار يلجأ اليه الاب ليكافىء ابنه الراشد العاقل الذى أظهر بحسن تدبيره وحكمة تصرفه وقوة خلقه أهليته لتولى شئونه بنفسه دون أن يخشى عليه من منحه هذا الاستقلال بحقوقه .

٨٨ - **اجراءاته** : هذا وقد تغيرت اجراءات التحرير بتغير صفته:

١ . (فى القانون القديم) : يرجع التحرير الى مابعد تاريخ الالواح الاثنى عشر . اذجرى به العرف بعد ذلك باستخدام النص الموجود بالالواح المذكورة والقاضى بزوال السلطة الابوية إذا باع الاب ابنه ثلاث مرات بقصد التحرير .

فيتفق الاب مع مشترصورى على أن يبيعه ابنه ثلاث مرات ويحرره المشترى فى المرتين الأولى والثانية وبتمام البيع الثالث يتحرر الابن من سلطة أبيه.

(patria potestas)ويبقى خاضعاً لسلطة المشترى (in mancipio) ولتحريره من سلطة المشترى ترفع عليه دعوى الحرية بصفة صورية (vindicta) وبها يتم تحرير الابن .

٢ . (في العهد الامبراطورى) : وقد تبسطت الاجراءات المتقدمة فى العصر البيزنطى فصار يتم فى الأجزاء الشرقية من الامبراطورية الرومانية بعمل إرادى من جانب الأب، سواء في صورة عقد (contrat) أو وصية (testament) ، بمقتضاه يتخلى الأب عن سلطته الأبوية وذلك بدون تدخل شخص ثالث وتكون النتيجة حرمان الابن المحرر من الارث . ويقال لعقد التخلى هذا عند الاغريق (apokeryxis).

وقد أيد جوستنيان هذا العرف بمعنى أنه أجاز للأب تحرير ابنه دون حاجة الى الالتجاء للاجراءات الشكلية السابق ذكرها ، بأن يقرر رغبته المذكورة فى تحرير ابنه أمام القاضى ولكن بشرط موافقة الابن حتى لا يحرم من عائلته كرهاً عنه . واشتراط موافقة الابن هذه دليل على التغيير الذى طرأ على صفة التحرير من اعتباره عملا من أعمال السلطة يأتيه الاب رغماً عن الابن وفى أغلب الاحيان عقاباً له الى اعتباره طريقة لتمييز الابن ومنحه الاستقلال بحقوقه .

٩٢ ـ *آثار التحرير فى القانون القديم* : كانت آثار التحرير في القانون القديم بسيطة ومطلقة، فالولد المحرر تنقطع صلته بعائلته الاصلية فلا يربطه أى رابط قانونى بأبيه أو إخوته وأخواته وكذا جميع الاعصاب (agnats) ومنهم أمه إذا كان زواجها من أبيه بطريق السيادة (cum manu)ويترتب على زوال قرابته من عائلته الاصلية فقده جميع الحقوق المبنية على القرابة المدنية (agnatio)من حقه فى الوصاية والقوامة والارث .

كذلك تنقطع صلته بأولاده إذا لم يتحرروا معه . ويصبح الولد بتحريره مستقلا بحقوقه (sui juris) فيصبح له ذمة وله مال.

٩٣ ـ *تخفيف الاحكام المتقدمة تدريجيا لصالح الابن المحرر*: تدخل البريتور ليحفظ للابن المحرر حقوقه في الارث من أقاربه الطبيعيين. فالقرابة المدنية (agnatio)وان انقطعت بالتحرير الا أن القرابة الطبيعية (cognatio) تبقى ، وهى تكفى في نظر البريتور لتقرير الارث بين الولد المحرر وأفراد عائلته .

وفيما يتعلق بالحوزات فقد جرى العرف على أن يترك الاب لابنه عند تحريره

الحوزة التى كان قدأعطاها له وهى الحوزة المسماة (peculium profecticium)
كذلك تقرر أن الابن يأخذ معه عند تحريره حوزته الحربيـــة(peculium
castrense) وحوزته الشبيهة بالحوزة الحربية (peculium quasi-castrense)
أما الحوزة أو الاموال الخارجية (bona adventicia) فقد تقرر فى عهـــد
الامبراطور قسطنطين أن للاب الذى يحرر ابنه أن يحتفظ بثلثها ملـكا خالصاً له
(en pleine propriété) لتعويضه عن حقه في الانتفاع بالاموال المذكورة .
وقد تعدل هذا الحكم فى عهد جوستنيان فتقرر أن للاب على الاموال الخارجية
حق الانتفاع (usufruit) بنصفها فقط دون ملكية الرقبة . وقد تقرر فى العهـد
البيزنطى امكان فسخ التحرير بسبب جحود الابن المحرر (ingratitude) وهـذا
يدل دلالة صريحة على طبيعة التحرير فى هذا العصر باعتباره طريقة لمكافأة الابن
وتمييزه في حالة ثبوت أهليته وجدارته للاستقلال بشؤونه .

٩٤ — ملاحظة ومقارنة : كثرت أحوال التحرير فى عصر الامبراطورية السفلى
(Bas-Empire) وقل أن يبقى الابن خاضعاً لسلطة أبيه حتى وفاته . ولـكن الرومان
لم يصلوا بالرغم من ذلك إلى تقرير مبدأ تحرير الابن من السلطة الابوية بمجرد بلوغه
كما هو الحال في الشرائع الحديثة ، بل بقيت السلطة الابوية دائمة ما دام رب الاسرة
على قيد الحياة .

نستخلص مما تقدم أن نظام السلطة الابوية (patria potestas) نظام رومانى
بحت لم يؤخذ به فى الشرائع الحديثة .

والآن وقد انتهينا من الـكلام على السلطة الابوية وجب علينا اتماما لدراسة
نظام العائلة أن ندرس السلطة الزوجية (manus) وهو يؤدى بنا الى بحث نظام الزواج
بنوعيه أى سواء كان مصحوباً بالسيادة (cum manu) أو بدونها .

الفصل الثانى

الزواج [1]

٩٥ - **قواعد عامة**: حافظ الرومان دائماً على مبـدأ عدم تعدد الازواج ولـكنهم عرفوا نوعين من الزواج: الزواج مع السيادة (cum manu)والزواج بدون السيادة (sine manu) . وكلاهما زواج شرعى (justæ nuptiæ) وقاصر — كقاعدة عامة — على جماعة الرومان.

وفي الزواج مع السيادة تخضع الزوجة لسيادة زوجها أو لسيادة صاحب السلطة عليه (pater) . وفى الزواج بدون السيادة تبقى الزوجة على حالتها الاولى سواء كانت خاضعة لسلطة رب أسرتها أو مستقلة بحقوقها ، ولا تدخل فى سيادة زوجها وانما يخضع أولادها من الزواج لسلطة أبيهم أو صاحب السلطة عليه .

المبحث الأول — فى الزواج بالسيادة

لاكتساب السيادة الزوجية (mauus)اجراءات خاصة سوف نبدأ بالكلام عليها ثم نبين قواعد الزواج بالسيادة .

§ ١ - اكتساب السيادة [2]

تكتسب السيادة وبالتالى ينعقد الزواج باحدى طرق ثلاث :

أولا — بطريق الزواج الدينى

ثانياً — بطريق الشراء

ثالثاً — بطريق الاستعمال

---

(١) راجع للتوسع Bonfante, Corso, 1, 1925 pp 39-52, 185-230, 240-268, 283-401 ; Levy (E). Der Hergang der römischen Ehescheidung, Weimar, 1925; Corbett (E), The Roman law of marriage, Oxford, xII, 254 p.

(٢) راجع Westrup (W). Quelques observations sur les origines du mariage par usus et du mariage sans manus dans l'ancien droit romain, Paris, 1926.

٩٦ — أولا — **الزواج الديني** (confarreatio):هو زواج رسمي وديني في آن واحد،ويحصل هذا الزواج في معبد جوبتر وفيه يقدم طالبا الزواج إلى اله الآلهة (jupiter) قربانا هو عبارة عن كعكة (farreus panis) ويرتلان عبارات دينية معينة أمام عشرة شهود ـ وهو أكبر عدد من الشهود اشترط القانون الروماني وجوده في عقد من العقود ـ وبحضور الحبر الأعظم وكاهن المعبد.

والظاهر أن هذه الطريقة بقيت قاصرة على طبقة الأشراف (patriciens) وحدهم دون العوام (plébéiens) وكان يشترط لصحة الاجراءات المتقدمة أن يكون الحبر الأعظم نفسه وكذا كاهن المعبد مولودين من مثل هذا الزواج وأن يكونا متزوجين بنفس هذه الطريقة.

٩٨ — ثانياً — **الزواج بطريق الشراء** (coemptio):ويقال له في كثير من الأحيان الزواج المدني تمييزه عن الزواج الديني السابق كما يطلق عليه أيضاً بزواج العامة (mariage plébéien) تمييزه عن الزواج المتقدم الذي كان قاصراً على جماعة الأشراف (mariage patricien) . ويتم هذا الزواج بنفس الطريقة التي تكتسب بها الملكية على الأشياء النفسية (res mancipi) . وهي طريقة الاشهاد (mancipatio) ، فيكتسب الزوج السيادة على زوجته باجراءات مماثلة لاجراءات الاشهاد مع تغيير في عبارات الاشهاد يتفق والغرض المقصود منه وهو تحقيق الزواج.

ويذهب كثير من الشراح إلى اعتبار هذا الزواج من ابتكار العامة حتى تكون لهم على أزواجهم نفس السلطة التي للأشراف على أزواجهم . (١)

٩٨ — ثالثا — **بطريق الاستعمال** (usus):فمعاشرة الزوج لزوجته مدة سنة كاملة بدون انقطاع تكسبه السيادة(manus)على زوجته التي تزوجها بغير الطريقتين المتقدمتين

ويشبه الاستعمال هـــذا (usus) طريقة اكتساب الملكية بمضي المدة (usucapio) . فكما أن واضع اليد لا يصير مالكا إذا انقطعت مدة وضع يده ، فكذلك الزوج لا يكتسب السيادة على زوجته إذا غابت هذه الأخيرة ثلاث ليال متوالية خارج منزل الزوجية قبل انتهاء السنة وهو ما يسمى بانقطاع الثلاث ليالي (usurpatio trinoctii) المنصوص عليه في قانون الاثني عشر لوحاً .

---

(١) كيك ، طبعة ١٩٢٨ ، ص ١٥٦ — جيرار ، طبعة ١٩٢٩ ، ص ١٦٥ .

§ ٢ - قواعد الزواج مع السيادة

٩٩ — شروط صحته : يشترط لصحة هذا الزواج نفس الشروط اللازمة لصحة الزواج بدون السيادة - وسنتكلم عليها عند شرح هذا النوع الأخير من الزواج - إنما يختلفان فى الآثار .

١٠٠ — آثاره : فبمقتضى هـذا الزواج تنتقل الزوجة من عائلتها الأصلية إلى عائلة زوجها وتعتبر ميتة بالنسبة لعائلتها الأصلية وتدخل فى عائلة زوجها بصفتها بنتاً له (loco filiæ mariti).

فمن جهـة تنقطع كل صلتها برب أسرتها وبأعصابها وعشيرتها وتنفصل عن ديانة عائلتها الأصلية ويترتب على انقطاع الصلات المذكورة سقوط جميع الحقوق المترتبة عليها من ارث ووصاية وقوامة .

وتصبح من جهة أخرى عضواً فى عائلة زوجها باعتبارها بنتاً (loco filiæ) له وأختاً لأولادها منه (loco sororis) وترث من زوجها بناء على هذا الاعتبار فاذا توفي الزوج من غير عقب ورثته وحدها. وتخضع لسيادة زوجها إذا كان مستقلا بحقوقه (sui juris) ، أو لسيادة صاحب السلطة عليه (pater) إذا كان خاضعا لغيره (alieni juris) . وتشبه هـذه السيادة السلطة الأبوية . فللزوج كالأب مثلا أن يسترد زوجته بدعوى الاسترداد . وله بيعها وعقابها ، وطلاقها ، كما أنه يتملك بواسطتها ويكتسب عنها الحقوق شأنها في ذلك شأن جميع أفراد العائلة الخاضعين لسلطته. فيأخذ الزوج مايكون عندها من المال عند الزواج اذا كانت مستقلة بحقوقها أو ما قد يمنحها أبوها لتعويضها عن ضياع حقوقها فى الارث من عائلتها الأصلية.

ولـكن هـذه القواعد الشديدة كانت تخففها العادات (mœurs) ذلك أن الزوجة وإن كان القانون يذيب شخصيتها فى شخصية الزوج إلا أنهـا كانت تتمتع في الواقع بقسط وافر من الاجـلال والاحترام داخل المنزل ، فبجانب تدبيرها للشؤون المنزلية كانت تسيطر تحت إشراف زوجها — إذا كان هـذا الأخير رب الأسرة — على إدارة الأعمال الزراعية الخاصة بأموال العائلة وكانت علاوة على

ذلك محط ثقته وأمينة سره ويقال لها أم الأسرة (mater familias)[١]

١٠١ — **انقضاؤه** : كان طلاق الزوج لزوجته فى الأصل حادثاً نادر الوقوع، ولم يكن جائزاً إلا فى أحوال معينة حددها العرف الذى لم يبح للزوج تطليق زوجته إلا فى حالة ارتكابها بعض الجرائم ، مثل الزنا والتسميم وتزييف مفاتيح المنزل وادعاء الولادة كذباً (supposition de part)

ويقع هذا الطلاق باجراءات مقابلة للاجراءات التى يتم بها الزواج. فاذا حصل الزواج بالطريق الدينى يحصل الطلاق أيضاً في حفلة دينية مقابلة للاولى تسمى (diffarreatio) وفيها تطلب الزوجة إلى زوجها الانفصال عن الديانة (sacra) التى اعتنقتها بالزواج ، وإذا تم بطريق الشراء أو الاستعمال يقع الطلاق ببيع الزوجة بطريق الاشهاد إلى مشتر صورى يحررها بعد ذلك من سلطته وهى نفس الطريقة التى يستخدمها رب الأسرة إذا أراد تحرير بنته .

لكن لم يكن للزوجة بالسيادة (in manu) أن تخرج نفسها من سيادة زوجها رغماً عنه . وإذا كان قد سمح لها فى العصر العلمى أن تطلب من زوجها تحريرها فلم يكن ذلك إلا تحت تأثير أحكام الزواج بدون السيادة .

١٠٢ — **زوال الزواج مع السيادة** : زال الزواج بالسيادة تدريجياً من العمل وكان الاستعمال(usus)أولى صور هذا الزواج التى بطل العمل بها، وبقى الزواج الدينى(confarreatio)معمولا به بعد ذلك بمدة طويلة إذ كان شرطاً لتقلد بعض المناصب الدينية كما سبق ذكر ذلك فيما يتعلق بكاهن معبد جوبتر (flamine de Jupiter) والرئيس الدينى الأعلى (rex sacrorum) ، إلا أنه لم يلبث أن اختفى هو أيضاً بظهور المسيحية واندثار الأديان الوثنية ، ولم يبق من طرق الزواج بالسيادة سوى طريقة الشراء (coemptio) حيث نجد من النصوص فى القرن الثالث والرابع بعد الميلاد ما يشير لهذا النوع من الزواج ، الا أنه مما لا شك فيه أنه أصبح نادرا جداً منذ أوائل الامبراطورية .

---

(١) راجع فى بيان وظيفة المرأة الاجتماعية عند الرومان Bonfante, Corso, I. pp 39-41

المبحث الثانى ـ فى الزواج بلا سيادة

فى هذا النوع من الزواج لا تدخل الزوجة فى عائلة زوجها ، فان كانت مستقلة بحقوقها (sui juris) بقيت كذلك واحتفظت بكل أموالها، وان كانت تابعة لغيرها (alieni juris) لم تخضع لسلطة زوجها ، بل بقيت خاضعة لرب أسرتها (pater familias) فهذا الزواج يتعارض كل التعارض مع الزواج بالسيادة (cum manu) حيث تخضع فيه الزوجة لسلطة زوجها وتنتقل اليه أموالها كما تقدم بيانه .

١٠٣ — **أصل الزواج بلا سيادة** : يذهب أغلب الشراح إلى ان الزواج بلا سيادة أحدث نشأة من الزواج مع السيادة ويميلون إلى اعتباره صورة مهذبة من الزواج المذكور(١) . ويخالفهم فى ذلك نفر آخر من الشراح يرون استحالة اشتقاق نظام الزواج بلا سيادة من الزواج مع السيادة لاختلاف أحكامهما اختلافا بينا،ويرجعون نشوء هذا النظام أصلا فيما بين طبقة العامة (plébéiens) فهو زواج شعبى ذاع استعماله حتى صار ، عملا ، الزواج الوحيد فى العصر العلمى . (٢)

١٠٤ — **تعريف الزواج بلا سيادة** : هو زواج عرفى (mariage privé) ومع ذلك فهو زواج شرعى (justæ nuptiæ) وليس فقط مجرد معاشرة فعلية union de fait) . فالزوجة تشارك زوجها مركزه الاجتماعى والأولاد المولودون لهما من الزواج المذكور أولاد شرعيون كالأولاد المولودين من زواج بالسيادة .

وهناك نصوص مشهورة تعرضت لتعريف الزواج ـ أحدها للشارح (Modestin) وارد فى الموسوعات (Digeste 23, 2,1) ونصه «الزواج هو اتحاد رجل بامرأة، هو شركة شاملة للحياة . ومشاركة فى أحكام القوانين الالهية والآدمية » وآخر لجوستنيان وارد في كتاب النظم (institutes 1,9,1) ونصه « الزواج هو اتحاد الرجل والمرأة اتحاداً يتضمن اشتراكهما فى حياة واحدة اشتراكا تاما » .

وسندرس نظام الزواج بلا سيادة فى أقسام أربعة :

---

(١) راجع فى هذا المعنى جيرار ، الطبعة الثامنة ، ص ١٦١ ـ وستروب Westrup فى المرجع السابق الاشارة اليه .

(٢) جيفار ، موجز القانون الرومانى ، طبعة ١٩٣٤ ، الجزء الاول ، ص ٢٣٣ ـ ٢٣٤

نبين فى

القسم الأول : كيفية تكوينه أو انعقاده ، وفى

القسم الثانى : شروط صحته وفي

القسم الثالث : آثاره . وفى

القسم السابع : انحلاله .

القسم الأول — انعقاد الزواج بلا سيادة

١٠٥ — سبق أن بينا أن الزواج بلا سيادة زواج عرفى يتم باتفاق الطرفين بدون تدخل أحد من رجال الدين أو الحكام القضائيين، فتنص الموسوعات (٥٠-١٧-٣٠) على أن الاتفاق لا المعاشرة هو الذى ينشىء الزواج . ولا يخفى ما فى ذلك من شذوذ عن المبادىء الأولية المقررة فى القانون الرومانى حيث كانت الأعمال القانونية رسمية (actes juridiques) تستلزم لتكوينها عدا الاتفاق أوضاعا شكلية خاصة . لذلك يمكننا أن نتصور احتمال قيام بعض الصعوبات بالنسبة للزواج بلا سيادة إذ قد نتساءل كيف يمكن التمييز بين الزواج بلا سيادة وبين مجرد المعاشرة الفعلية (concubinat) ما دام أن التراضى وحده كاف لانعقاد الزواج المذكور ؟

فى الواقع كان من الصعب الخلط بين الحالتين عملا ، ذلك أن الزواج كانت تحوطه اجراءات وحفلات شتى تميزه عن كل حالات المعاشرة غير الشرعية ، فكانت الزوجة (mater familias) تتمتع فعلا بصفتها المذكورة بناء على الوقائع الآتية :

١٠٦ — ١ — **الخطبة** : كان يسبق الزواج عادة بالخطبة (١) وكانت تعقد الخطبة في الأصل بين الخاطب ووالد من يريد الزواج بها . وصارت تعقد ابتداء من العصر

---

(١) (sponsalia) هذه العبارة مستمدة من (spondere) بمعنى يعد أو يتعهد فالخطبة هى الوعد بالزواج .

العلى وكذلك فى عصر جوستنيان بين الخاطب ومخطوبته بدون التقيد بصورة معينة ، وكان لكل من الطرفين فسخ الخطبة .

١٠٧ — ٢ - **انتقال الزوجة الى منزل الزوجية** [1] (deductio uxoris in domum mariti) : ذلك أنه عند الزواج كانت تقاد الزوجة الى منزل زوجها في حفلة شعبية ، فيقدم اليها الماء والنار ، وتحمل عند وصولها الى باب المنزل لادخالها منزل الزوجية ، وذلك أثر من آثار العصور الأولى حيث كان يخطف الزوج زوجته (rapt) . وقيادة الزوجة (deductio uxoris) الى منزل الزوجية من الأهمية بمكان، إذ قرر الفقهاء عدم امكان حصول الزواج اذا كانت الزوجة غائبة فيجب لانعقاد الزواج أن تكون الزوجة قد انتقلت بالفعل الى منزل زوجها بخلاف الزوج فلا يشترط حضوره. وقد أدى ذلك ببعض شراح القانون الرومانى الى القول بأنه لا يكفى لانعقاد الزواج بلا سيادة مجرد اتفاق الطرفين بل يجب فوق ذلك أن توضع الزوجة تحت تصرف الزوج أى أن تبدأ فعلا الحياة الزوجية أو على الأقل أن تكون ممكنة بانتقال الزوجة الى منزل الزوجية (٢) .

١٠٨ — ٣ - **عقد الدوطة** : وأخيراً كان يساعد على تمييز الزواج عن غيره من حالات المعاشرة ما جرى عليه العرف من تحرير عقد خاص بالدوطة التى تحضرها الزوجة (instrumentum dotale) .

غير أن عدم وجود أمر من الأمور السابقة (الخطبة — انتقال الزوجة الى منزل الزوجية — عقد الدوطة) لا يفيد حتما عدم قيام زواج بين الطرفين، وقد أنشأت من أجل ذلك قرائن على الزواج أو عدمه. فيفترض وجود الزواج دائما اذا كان الطرفان من طبقة واحدة الا اذا قام الدليل على العكس، وهذا حتى عهد الامبراطور (Justin) حيث صار الزواج مفترضاً في جميع الأحوال وعلى من يدعى العكس اقامة الدليل .

---

(١) جيرار، طبعة ١٩٢٩ ، ص ١٦٧ — بنفانت (Bonfante) فى المرجع السابق ، الجزء الاول، ص ١٨٨ ، ١٨٩ .

(٢) راجع Madeleine Rage Brocard, la deductio in domum mariti, thèse, Paris, 1933.

القسم الثانى — الشروط اللازمة لصحة الزواج أو شروطه الموضوعية

١٠٩ — **شروط صحة الزواج** : هذه الشروط واحدة بالنسبة للنوعين من الزواج ويمكن حصرها فى ثلاثة : الرضا (consentement) والسن القانونية (âge requis) وأهلية الزواج (conubium)

١٠٦ — **الشرط الاول : الرضا** - يجب هنا التمييز بين حالتين : —

الحالة الأولى : إذا كان كل من الطرفين تابعاً لغيره (alieni juris) فكان يكفى فى الأصل رضا صاحبي السلطة عليهما . الا أن هذه القاعدة مع مطابقتها للمنطق البحت تناولتها تعديلات عدة :

فأولا — إذا كان رب الأسرة جدا للزوج فكان يجب علاوة على رضائه رضا الأب أيضا . بخلاف ما إذا كان جدا للزوجة فلا يلزم رضاء أبيها . وذلك لأن الأولاد الذين قد يولدون من الزواج فى الحالة الأولى يبقون فى العائلة ويخضعون لسلطة والد الزوج عند وفاة الجد، رب الأسرة الحالى. فتكون نتيجة الزواج اعطاء ورثة للأب، ومعقول أن لايجبر الشخص على قبول ورثة له رغماً عنه . بخلاف الحالة الثانية فان أولاد الزوجة ينسبون الى عائلة زوجها، فأولادها لايرثون من أبيها عند وفاته ولذا لم يشترط القانون رضا هذا الأخير .

ثانياً — إذا رفض رب الأسرة الموافقة على الزواج بدون سبب مقبول فللزوجين الالتجاء إلى البريتور الذى له ، ان يأذن بالزواج عند التحقق من عدم أحقية رب الأسرة فى الرفض . وقد تقرر ذلك بمقتضى قانون جوليا (loi Julia) الصادر في سنة ٧٣٦ لروما أى ابتداء من عهد الامبراطور أغسطس (Auguste).

كذلك تقرر الاستغناء عن رضا رب الأسرة إذا تعذر الحصول على هذا الرضا كما إذا كان رب الأسرة غائباً أو أسيرا أو مجنونا .

ثالثا — وأخيراً تقرر وجوب أخذ رضا الزوجين بجانب رضا صاحبي السلطة عليهما فصار رب الأسرة لايملك تزويج ولده رغما عنه . وقد تقرر هذا أولا بالنسبة لابن الأسرة (filius) ثم بالنسبة للبنت أيضا (filia) فى عهد جوستنيان

الحالة الثانيـة ــ أما إذا كان كل من الطرفين مسـتقلا بحقوقه (sui juris) فـكان يـكفى رضا الزوجين مهما كانت سنهما ، فللصبي إذا بلغ ١٤ سنـة وللبنت إذا بلغت ١٢ سنة أن يعقدا زواجا بلا سيادة (sine manu) بدون أخذ رضا أحدما من الأقارب .

الا أنه يشترط بالنسبة للزوجة فى الزواج مع السيادة (cum manu) الحصول على موافقة وصيها (إذ المرأة الرومانية غير كاملة الأهلية بل يعين لها وصى) . وبعد زوال نظام الوصاية على النساء فى العصر البيزنطى وجب الحصول على رضا والدها (إذا كانت قد خرجت عن سلطته بالتحرير) ، أو والدتها إذا كان والدها ميتا . أو الأقرب من أقاربها الطبيعيين (cognats) عند وفاة الوالدين وهذا مادامت لم تبلغ خمسة وعشرين سنة .

١١١ - *الشرط الثانى ــ السن القانونية* : يجب أن يـكون الزوجان بالغين ، والمطلوب هو معرفة طريقة اثبات البلوغ . فى القديم كان يترك أمر تقدير البلوغ لرب الأسرة وقد زالت هذه الطريقة بالنسبة للبنت منذ عهد الجمهورية ، فحدد لبلوغها سنا معينة ، ١٢ سنة . وترك الأمر فيما يتعلق بالولد لأبيه فهو الذى يقرر الوقت الذى يلبس فيـه الابن لباس الرجال (robe virile) وقـد انتقد أنصـار المذهب البروكـولیانى (les proculiens) هذا العرف ورأوا وجوب تحديد سن لبلوغ الابن ، أسوة بالبنت ، واقترحوا لبلوغ الولد سن ١٤ سنة . ونازعهم فى هذا أنصار المذهب السابينى (les sabiniens) باعتبار أن سن البلوغ تختلف باختلاف الاشخاص ، ولذا رأوا ترك الأمر فيه للأب كما كان الحال فى القانون القديم . وأخيراً انتصر الرأى الأول فحدد جوستنيان سن البلوغ للابن بأربع عشرة سنة .

١١٢ — *الشرط الثالث ــ اهلية الزواج* (conubium) يشترط أن يـكون كل من الزوجين أهلا لعقد زواج رومانى وألا يقوم مانع من موانع الزواج بينهما .

١ . قد رأينا فيما تقدم كيف أن حق الزواج (conubium) كان قاصرا على الرومانيين واللاتينيين القدماء وبعض اللاتينيين المستعمرين والاجانب الذين منحوا

هذا الحق من الامبراطور، ثم كيف شمل هذا الحق جميع رعايا الدولة الرومانيـة الأحرار نتيجة تمتعهم جميعا بالجنسية الرومانية . ولم يبق محروما منه سوى الأرقاء والبرابرة وبعض المحكوم عليهم بعقوبات جسيمة مثل النفي أو الأشغال الشاقة .

٢ . أما بالنسبة لموانع الزواج عند الرومان فأهمها ما يتعلق بالقرابة والمصاهرة واختلاف الطبقات .

١١٣ — ١ . **فالقرابة** (parenté) بنوعيها أي المدنية والطبيعية مانعة من الزواج إطلاقا فيما بين الأصول والفروع أي الاقارب في السلسلة المتعاقبة، مهما بلغت الدرجة الفاصلة . أما فيما بين الاقارب من السلسلة المتعددة وهم الحواشي (les collatéraux) فقد كان الزواج في القديم محرما بينهم لغاية الدرجة السادسة . ثم تعدلت هذه القاعدة في العصر الامبراطوري وصار الزواج ممكناً بينهم في الدرجة الرابعة بشرط ألا يكون أحد الطرفين على درجة واحدة من الأصل المشترك . فيحرم الزواج بين الأخ وأخته وبين الولد وعمته أو خالته وبين البنت وعمها . وقد سمح بزواج العم من ابنة أخيه بطريق الاستثناء من القاعدة المتقدمة لتمكين الامبراطور كلود (Claude) من الزواج بابنة أخيه (Agrippine). ويرى أغلب الشراح أن هذا الاستثناء قاصر على هذه الحالة فلا يتعداه الى بنت الأخت . وقد ألغى الامبراطور قسطنطين الاستثناء المتقدم في عام ٣٤٢ (C. Th. 3,12,1)

١١٤ — ٢ . **المصاهرة** [١] — وهي العلاقة الناشئة من الزواج بين كل من الزوجين وأقارب الزوج الآخر . وكانت تمنع من الزواج في القديم بين الزوج وأصول وفروع الزوج الآخر كالزوج وأم زوجته (belle-mère) أو الأب (beau-père) وزوجة ابنه (belle-fille)

وفي عهد الامبراطورية منع أيضا الزواج بأخوة الزوج (beaux-frères) أو بأخوات الزوجة (belles-sœurs)

١١١ ـ ٣ . **اختلاف الطبقات** (la différence de condition sociale) يحرم القانون القديم الزواج بين الاشراف (patriciens) والعامة (plébéiens)

---

(١) راجع في آثار المصاهرة A. Levet, le benéfice de compétence, 1927, pp. 124-125

وقد ألغى هذا المانع بقانون (Canuleia) الصادر عام ٤٤٥ قبل الميلاد .

كذلك كان يحرم قديما الزواج بين الأحرار الاصلاء (ingénus) والعتقاء (affranchis) . ثم قصر هذا الحظر فى عهد أغسطس على أفراد عائلات السناتو . فليس لهم الزواج بالمعتوقات أو بنساء من الطبقات الوضيعة . وقد ألغى جوستنيان هذا الحظر ليتمكن من الزواج باحدى الراقصات (Théodora) .

١١٦ - ٤ . **بعض موانع أخرى** : هناك موانع أخرى من الزواج تقررت تباعا فى أزمنة مختلفة من تاريخ الأمبراطورية الرومانية . كالزنا ، فالزانية لا يجوز لها الزواج بشريكها فى الزنا ، والمغتصب (ravisseur) لايجوز له الزواج بمن اغتصبها . وكاختلاف الديانة، فقد حرم فالنتيان الثانى وتيودوز الأول الزواج بين اليهود والمسيحيين. وكالجندية، (١) فقديما كان يحظر الزواج على الجنود وقد صعب تطبيق الحظر المذكور عند ما صار التجنيد دائما وبطريق التطوع . ولذا نجد في أوراق البردى ما يشير الى وجود صورة للزواج خاصة برجال العسكرية .

وكذلك حظر الزواج بصفة عامة على رجال الدين الكاثوليكين فى الدولة الرومانية الغربية ابتداء من القرن الرابع من الميلاد وكذلك فى الدولة الشرقية مع استثناء رجال الدين المدنيين (le clergé séculier) .

القسم الثالث — فى آثار الزواج بلا سيادة

للزواج آثار خاصة بالعلاقات بين الزوجين وأخرى خاصة بعلاقة كل من الزوجين وأولادهما .

١١٣ — **العلاقات بين الزوجين** : سبق أن بينا أن العلاقة بين الزوجين بالسيادة بسيطة ومطلقة ، فالزوجة من جهة تنقطع صلتها برب أسرتها وباعصابه وعشيرته وبديانته ، ومن جهة أخرى تدخل فى أسرة زوجها باعتبارها بنتا له (loco filiæ) اذا كان زوجها رب أسرة أو باعتبارها حفيدة لرب الأسرة (loco neptis) اذا كان هذا الأخير أبا للزوج وتعتبر أختا لأولادها وترث معهم من زوجها على هذا الاعتبار .

---

(١) راجع جيرار ، طبعة ١٩٢٩، ص ١٧٢ هامش ١ - كيك ، طبعة ١٩٢٨ ، ص ١٦٣ هامش ٤، ٥، ٦

أما فى الزواج بلا سيادة (sine manu) فلا ينتج شىء من ذلك، بل تبقى الزوجة فى عائلتها الاصلية اذا كانت تابعة لغيرها (alieni juris) وتبقى مستقلة بحقوقها بعد الزواج كما كانت قبله اذا كانت غير تابعة لغيرها أى (sui juris) وهذا تحت إشراف وصيها، ذلك الاشراف الذى زال تدريجيا فى العصر العلمى. فليس للزوج فى هذا النوع من الزواج من سلطة على زوجته ولم يكن فى الأصل على أحد الزوجين من واجبات قبل الآخر، بل لم تنشأ الواجبات بينهما فيما بعد الا تدريجيا وبطريقة تفصيلية.

فأوجب القانون على الزوج حماية زوجته ورفعها الى مستواه الاجتماعى وعلى الزوجة احترام زوجها. انما يلاحظ أن الزوجة اذا كانت من العامة (plébéienne) لا تصبح من الأشراف (patricienne) بزواجها من أحدهم، كذلك لا تصبح المعتوقة من الأحرار الاصلاء بمجرد زواجها من حر أصيل (ingénu).

ويجب على الزوجة الاخلاص لزوجها. فتعاقب اذا زنت، وقد كان للزوج قديما الحق فى قتلها وهذا من باب الانتقام المشروع (vengeance licite) لا من باب الولاية عليها (juridiction). ثم قصر حقه على اقامة دعوى الزنا منذ أواخر الجمهورية وجعل حق العقاب للدولة. وقد نظم الامبراطور (Auguste) محاكمة الزوجة الزانية بقانون مشهور عرف بقانون (julia de adulteriis)، ويقضى هذا القانون بعقاب الزانية بالنفى ويقصر حق اقامة الدعوى على الزوج ووالد الزوجة وحدهما فى بحر الستين يوما الأولى، وليس للزوج كما في القديم العفو عن زوجته بل يعاقب اذا لم يطلقها بعد علمه بالزنا. واذا لم يطلب أحدهما محاكمة الزوجة فى بحر الستين يوما اللاحقة للطلاق فيمكن رفع الدعوى على الزوجة من أى فرد كان. وقد عدل الامبراطور قسطنطين عقوبة النفى واستبدلها بالاعدام وقصر حق اقامة الدعوى على الزوج وبعض الأقارب. وأخيراً استبدل جوستنيان عقوبة الاعدام بعقوبة السجن المؤبد فى الدير. وللزوج أن يحرر زوجته بعد مضى سنتين بالعفو عنها. أما زنا الزوج فلم يقرر له القانون الرومانى سوى بعض عقوبات مالية كفقده حقوقه فى الدوطة وفى الهبات الصادرة إليه بسبب الزواج.

هذا وقد خضعت الزوجة لالتزام جديد، هو واجب الاقامة مع زوجها، فقديما كان للزوجة أن تعود لأبيها دون أن يكون للزوج من وسيلة لارجاعها اليه، لذلك

منح البريتور الزوج أمراً لاعادة الزوجة الى منزل الزوجية .

١١٨ — **آثار الزواج بالنسبة للاولاد** : يخضع الولد من الزواج الشرعى لسلطة أبيه اذا كان هذا الأخير مستقلا بحقوقه أولسلطة رب الأسرة ، ويعتبر قريباً لأقارب أبيه وعضواً من عشيرته . انما يجب لانتاج هذا الأثر أن يكون الابن من عمل الزوج وللتثبت من ذلك كان عند الرومان قرينتان سبق الكلام عليهما . (١)

أما فيما يتعلق بعلاقة الولد بأمه فى الزواج بلاسيادة فهذه العلاقة كانت معدومة فى القانون القديم ، اذ ينتمى كل منهما لعائلة مختلفة عن عائلة الآخر. فالزوجة ، كما بينا . تبقى فى عائلتها الأصليةوالولد ينتسب لعائلة أبيه . وعلى ذلك فليس بينهما نظريا حقوق أو واجبات فلا يرث الولد من أمه كما أن هذه الأخيرة لا تملك الايصاء لولدها اذ المرأة كانت محرومة فى القديم من حق الايصاء ، ولم يغير من هذه الحال التصريح لها فيما بعد بالايصاء ، اذ كانت الوصية معلقة على اجازة الوصى ومن غير المعقول أن يجيز الوصى الوصية وهو الوارث المنتظر لها .

ولكن هنا أيضاً تغيرت الأحكام السابقة تدريجيا عند ما اعترف القانون بقرابة الدم (cognatio) فتقرر حق الارث بين الام وولدها بمعرفة البريتور ، ثم بناء على قرارين صدرا من مجلس الشيوخ فى القرن الثانى بعد الميلاد منح بمقتضاهما كل منهما حق الارث من الآخر بطريق التفضيل على بقية الورثة من الأقارب الطبيعيين (cognats) وهكذا كانت رابطة الدم وحدها أساساً لتقرير حقوق شتى للأم قبل أولادها فى عصر الامبراطورية ، فلها ، عدا حق الارث ، حق النفقة وحق حضانة أولادها الخاضعين لوصاية الغير وأخيراً منحت حق الوصاية على أولادها .

وقد تقررت على الأم من ناحية أخرى واجبات قبل أولادها بشروط خاصة فللابن عليها حق النفقة وحق منحه مهراً .

---

(١) راجع ما تقدم ، نبذة ٦٣ ، ص ٤١ - ٤٢ .

القسم الرابع — فى انحلال الزواج بلا سيادة أو انقضائه

١١٩ — **مبادىء عامة** : قد تنحل رابطة الزوجية اجباريا وقد تنحل اختياريا :

١ — فينقضى الزواج فى روما اجبارياً بوفاة أحد الزوجين أو بفقده الحرية أو الرعوية الرومانية إذ الزواج (justæ nuptiæ) تابع للقانون المدنى (jus civile) فلا يمكن قيامه الا بين شخصين حرين رومانيين .

٢ — وينقضى اختيارياً بالطلاق . فينحل الزواج كما بينا عند الكلام على الزواج بالسيادة باجراءات مقابلة للاجراءات التى تم بها ، فما أنشأه الاتفاق أو التراضى يمكن هدمه باتفاق عكسى له . فى حالة الزواج بلا سيادة ينحل بانقطاع العشرة بارادة الطرفين أو بارادة أحد الزوجين أو أى شخص ممن يجب الحصول على رضاهم لصحة الزواج . إذ يجب لبقاء الزواج استمرار العناصر التى كونته . غير أن حق الوالد فى اكراه ابنته على الطلاق قد ألغى منذ عهد بعيد وبقى حق كل من الزوجين فى الطلاق بارادته وحدها (repudium) حتى بعد ظهور الديانة المسيحية .

١٢٠ — **تاريخ الطلاق فى روما** : لم يكن الطلاق فى روما خاضعاً لاشراف الدولة كما أنه لم تقرر له قيود ما (١) . ولقد كثرت أحوال الطلاق فى العصر الأخير من الجمهورية والقرون الأولى من الامبراطورية حتى ان بعض النساء ، على ماقاله بعض الأدباء ، كن يعددن أعمارهن بعدد مرات طلاقهن ، ولقد ترتب على كثرة الطلاق قلة النسل ، وبالرغم من هذا فقد بقى حق الطلاق مطلقاً من كل قيد حتى ظهور الديانة المسيحية فحدد الامبراطور قسطنطين ، وهو أول الاباطرة المسيحيين ، الأحوال التى يجوز فيها الطلاق . وأكثر هذه الأحوال فى صالح الزوج وبعضها فى صالح الزوجة ، فللزوج أن يطلق زوجته فى حالة ارتكابها جريمة زنا أو تسميم ، وللمرأة تطليق زوجها فى حالة ارتكابه جريمة قتل أو تسميم أو انتهاك حرمة القبور

---

(١) راجع فى هذا المعنى Levy, Ehescheidung pp. 18-52 وعكس ذلك Corbett, Roman law of marriage, pp 218 et suiv; Law quarterly Review, 1929, pp 178 et suiv. ويرى هذا الفريق أن الطلاق كان خاضعا فى عهد اغسطس لبعض قيود شكلية كاشتراط حصوله بحضور سبع شهود من الوطنيين البالغين لنفى الشك ولتلافى المنازعة بشأنه فى الاستقبال .

(violation de sépulture) . . ويعاقب من يوقع الطلاق فى غير الأحوال المذكورة .

١٢١ — **الطلاق فى عهد جوستنيان** : يمكن حصر صور الطلاق فى عصر جوستنيان فى أربعة :

(أولا) الطلاق باتفاق الطرفين (divortium communi consensus) وقد نص عليه فى الموسوعات (Digeste) ثم ألغاه جوستنيان بقانون جديد (novelle) الا أن هذا التعديل كان سابقاً لأوانه . ولذا أعاده خلفه الامبراطور (Justin II) فأجاز من جديد للزوجين الاتفاق على الطلاق . وقد كانت هذه الصورة من الطلاق حرة من كل قيد .

(ثانياً) (divortium bona gratia) وهو الطلاق من أحد الطرفين لأسباب مشروعة خارجة عن ارادة الطرف الآخر . فهو طلاق يقع بارادة أحد الطرفين لاسباب تبرره كعجز الزوج (impuissance du mari) الكامل عن القيام بواجبات الزوجية ، أو عقم الزوجة (stérilité de la femme) ويلاحظ أن هذه أسباب مشروعة تجوز الطلاق ولكن لا دخل لارادة الزوج المطلق فيها .

(ثالثا) الطلاق لسبب مشروع (repudium ex justa causa) وهو طلاق من طرف واحد أيضاً ولكنه يقع كعقوبة على أحد الزوجين لارتكابه خطأ قبل الآخر ، وقد حدد جوستنيان الاسباب التى يجوز فيها هذا الطلاق فكان للزوج تطليق زوجته لاسباب كثيرة كما اذا ذهبت بدون اذنه الى الحمام العمومى أو اذا تناولت طعاماً فى محل عمومى أو اذا ذهبت الى الملعب (cirque) برفقة شخص أجنبى أو اذا زنت الخ .

وكان للزوجة تطليق زوجها اذا اشترك فى مؤامرة ضد سلامة الدولة أو اذا عاشر امرأة أجنبية فى منزل الزوجية (foyer conjugal) أو فى البلد الذى تقيم فيه الزوجة الخ

(رابعاً) الطلاق بدون سبب شرعى : (repudium sine justa causa) لكل من الطرفين تطليق زوجه فى كل الأحوال . أما اذا وقع منه الطلاق لغير الأسباب

التي نص عليها القانون فانه يعاقب على ذلك بعقوبات مالية وأخرى بدنية ولو أن الطلاق يعتبر صحيحاً قانوناً .

١٢٢ — **عقوبات الطلاق** : فقانون جوستنيان يقرر عقوبات خاصة توقع على :ـ

١ — الزوج الذى يقع عليه طلاق لسبب شرعى .

٢ — الزوج الذى طلق زوجه بدون وجه حق أى بدون سبب شرعى .

وهذه العقوبات نوعان :

١ . عقوبات مالية : فيفقد الزوج فى الحالتين حقوقه فى الدوطة وفى الهبات الصادرة الى الزوجين بسبب الزواج (donatio propter nuptias) ويحكم عليه أيضاً فى الحالة الثانية بغرامة قد تبلغ ربع أمواله .

٢ . وعقوبات بدنية : وهى تختلف باختلاف الأحوال ويكفى أن نذكر منها عقوبة الزانية وهى السجن المؤبد بالدير ، الأمر الذى يترتب عليه حرمانها من الزواج مرة أخرى .

١٢٣ — **الزواج الجديد** (les secondes noces) : يترتب على انقضاء الزوجية آثار عدة أهمها استطاعة عقد زواج جديد . وقد حبذ الامبراطور أغسطس الزواج الجديد ولم يقيده الا فيما يتعلق بالأرملة (veuve) . فحرم عليها الزواج من جديد قبل مضى عشرة أشهر وتسمى هذه المدة (tempus lugendi) أى مدة البكاء (le temps de pleurer) . ولا تجب هـــذه العدة على المطلقة (divorcée) فلها أن تعقد زواجا جديداً عقب الطلاق مباشرة ، الأمر الذى قد يؤدى الى اختلاط الانساب . وبقى الحال كذلك حتى ظهور الديانة المسيحية فحرم الزواج على الأرملة والمطلقة معا قبل مضى اثنى عشر شهراً وهى مدة أطول من المدة اللازمة لمنع اختلاط الانساب . اذ أقصى مدة للحمل — كما سبق ذكر ذلك — هى عشرة أشهر ، ويرجع السبب فى ذلك الى تغير الأفكار والأخلاق بظهور الديانة المسيحية التى لا تنظر بعين الرعاية الى الزواج الجديد . وقد كان من أثر هذا التغير أن أقر الامبراطور جوستنيان صحة ايصاء الزوج بعدم زواج امرأته التى أوصى لها بماله بعد وفاته ، وقد كان مثل هذا الشرط باطلا قبل هذا العهد .

١٢٤ — *حماية حقوق الاولاد من الزواج الاول* (la protection des enfants du premier lit) قرر القانون أحكاماً عدة للمحافظة على حقوق الأولاد من الزواج الأول اذ قد تحمل الزوجة الجديدة الزوج على محاباة أولاده منها اضراراً بأولاده من الزواج الأول . فمن هذا ماتقرر من ألا يكون للزوج على الأموال التى آلت اليه من زواجه الأول سوى حق الانتفاع وأن تكون ملكية الرقبة لأولاد الزواج الأول . كذلك حرم عليه أن يهب أو أن يوصى من أمواله الخاصة الى زوجه الجديد قدرا يزيد عن أقل نصيب منحه لكل من أولاد الزواج الأول .

الباب الرابع

فى الوصاية والقوامة [١]

قد تتوفر لدى الشخص أهلية الوجوب بمعنى أن تكون له محلية تملك الحقوق والالتزام بالواجبات ولكنه يكون غير أهل فعلا لمباشرة حقوقه وأداء واجباته. لأن الأهلية الفعلية (capacité de fait) تستلزم لدى الشخص ارادة قادرة على تفهم نتائج أعماله وتصرفاته. فلا توجد الأهلية الفعلية أصلا عند من لا إرادة له ولا توجد كاملة عند صاحب الارادة الناقصة. والأهلية الفعلية (capacité de fait) أو (capacité d'exercice) هى التى يعبر عنها الشرعيون بأهلية الأداء.

وسندرس فيما يلى أحوال انعدام الأهلية الفعلية أو نقصها وطرق علاجها أى أنواع الوصاية والقوامة المقررة على عديمى الأهلية أو ناقصيها.

مبادىء عامة

١٢٥ ـ *أسباب انعدام الاهلية فى القانون القديم* : ينص قانون الألواح الاثنى عشر على أسباب ثلاثة :

١ . حداثة السن وهى حالة الصغير (infans) والصبى غير البالغ (pupilli)

٢ . الأنوثة، فالمرأة بسبب جنسها (sexe) لا أهلية لها

٣ . اختلال القوى العقلية وهى حالة المجنون (furiosus) والسفيه (prodigus)

ويظهر أن هؤلاء جميعا كانوا قديما من حيث الأهلية سواء.

---

(١) درست نظرية الوصاية والقوامة دراسة مستفيضة فى مؤلفات الشراح الطليان . وقد أشار الى أهمها
Bonfante, Corso, 1, 1925 — 403-1, Solazzi, Istituti tutelari, 1929

١٢٦— **عديمو الاهلية الفعلية فى العصر العلمى** — وقد ميز فقهاء العصر العلمى بين عديمى الأهلية المذكورين من حيث درجة أهليتهم فمنهم من يحرم من الأهلية الفعلية بصفة كاملة ومنهم من يحرم منها بصفة جزئية .

١٢٧ — **عديمو الاهلية هم :**

١ ــ الطفل (infans) وهو الصغير الذى لا يحسن أداء العبارة ، وقد أعتبر كذلك كل من كان دون السابعة ، في عهد الامبراطورية السفلى .

٢ ــ المجنون فى نوبات جنونه (crises) فقط فهو كامل الأهلية فى فترات إفاقته (intervalles lucides) .

وسبب انعدام أهلية الطفل والمجنون كما يقول (Gaius) فى النظم (٣ ، ١٠٦ — ١٠٩) هو انعدام التمييز لديهما، فهما محرومان من مباشرة أى عمل قانونى أيا كان أثره ، أى سواء نشأ عنه حق أو ترتب عليه واجب وسواء أحدث فى أموالهم نقصا أو زيادة .

١٢٨ — **ناقصو الاهلية هم :**

١ ــ المرأة وهذا حتى العصر البيزنطى (لتحرر المرأة بزوال الوصاية عليها)

٢ ــ السفيه والصبى الذى جاوز دور الطفولة ولم يزل دون البلوغ. وحكم السفيه والصبي كما يتبين من تعريف جايوس وجستنيان لهما هو أن « فى استطاعتهما تحسين حالتهما ولكنهما محرومان من مباشرة التصرفات المنقصة لذمتهما » (١) فلهما قبول هبة أو اكتساب حق أو دين على الغير او قبول تنازل من الدائن . ولكن ليس لهما القيام بتصرف يلزمهما بواجب أو ينقص من مالهما والا كان التصرف باطلا بالنسبة لهما.

وقد ألحق فى عهد الامبراطورية السفلى بالسفيه والصبي في الحكم المتقدم، القاصر عن ٢٥ سنة وهو من بلغ بلوغا طبيعياً ولما يكتمل الخامسة والعشرين.

١٢٩ - **وجوب التمييز بين الافعال المفقرة والافعال المكسبة** : فيعتبر من الأفعال المفقرة التصرف فى مال ، التنازل عن حق عينى أو شخصى ، التعهد

---

(١) يلاحظ أن التمييز بين الافعال النافعة والضارة قد أخذ به القانون المدنى الالمانى نبذة ١٠١

بالتزام أو بدين ، تقرير تكليف عيني على عقار، و بالاختصار كل الأفعال التي تتضمن تصرفا (aliénation) أو التزاما(obligation)

ويعتبر من الأفعال التي تحسن من حالة الشخص الافعال التي يترتب عليها اكتسابه مالا أو حقا عينياً ، صيرورته دائنا ، تحرير عقاره من حق عيني أو إبراء ذمته من دين و بالاختصار كل الافعال التي تتضمن اكتساب حق أو تخلص من تكليف أو واجب . فلناقصي الاهلية من المذكورين مباشرة الاعمال المكسبة دون الأفعال المفقرة . إنما يجب أن نلاحظ بأن هذا التقسيم تقسيم قانوني بحت بمعنى أنه لا يؤخذ فيه بنتيجة العمل أو التصرف . فقد يكون تصرف ناقص الأهلية في ماله مفيداً له كبيع عقار آيل إلى السقوط في زمن ارتفاع ثمن العقارات . فمثل هذا التصرف مفيد لناقص الأهلية من الوجهة الاقتصادية ، ومع ذلك فان القانون يحرم عليه مباشرته بمفرده إذ هو عمل من أعمال التصرف (acte d'aliénation) ومن شأنه نظريا أن يخرج مالا من ذمته .

فأساس التفرقة بين النوعين من الأعمال القانونية نظرى محض يرجع فيه إلى طبيعة العمل في ذاته لا إلى النتيجة الاقتصادية المترتبة عليه.

١٣٠ — الاعمال المزدوجة الاثر والتبادلية (actes complexes et synallagmatiques) هذه التفرقة السابقة من السهل تطبيقها بالنسبة للأفعال البسيطة التي من طرف واحد، فتعتبر الأعمال التي من قبيل التصرف (acte d'aliénation) باطلة إذا باشرها الصبي بمفرده ، بعكس الاعمال المكسبة (acte d'acquisition) التي قد يباشرها فانها تعتبر صحيحة . إلا أن هناك من الاعمال الفردية ماهو مزدوج الاثر فهي تحسن من حالة الشخص من ناحية ، وتنقص من ماله من ناحيه أخرى مثال ذلك قبض الدين فغير البالغ إذا قبض ديناً له فانه يعمل عملا مكسباً من شأنه تحسين حالته ، ولكن يترتب على قبض الدين من جهة أخرى انقضاؤه وفي هذا انقاص لماله .

ومثل التصرفات الفردية المتقدمة في ذلك العقود التبادلية (actes synallagmatiques) كالبيع مثلا فكل من البائع والمشترى يصير دائنا ومدينا في وقت واحد، فالمشترى مثلا مدين بدفع الثمن ودائن بالنسبة لتسليم المبيع .

فما حكم مثل هذه التصرفات المزدوجة الاثر إذا باشرها ناقص الاهلية وحده بدون تدخل وصيه ؟

المبدأ المقرر هو أن التصرف ينفذ فى شطر واحد منه وهو الشطر الذى يحسن من حالة عديم الاهلية ويبطل فى الشطر الثانى . فاذا اشترى غير البالغ عقارا مثلا . كان دائنا فيما يتعلق بتسليم المبيع ولكنه لا يلزم بدفع الثمن .

إلا أن هذا المبدأ مع انطباقه على المنطق البحت مخالف لأبسط مبادىء العدالة، لذلك عدل تحت تأثير الفقه من جهة وتدخل البريتور من جهة أخرى بتطبيق نظرية عدم جواز الأثراء على حساب الغير (théorie de l'enrichissement sans cause) وبطريق استعمال دفع الغش (exception de dol)

فمثلا إذا قبض الصبى الدين ثم طالب مدينه بالوفاء من جديد مع وجود مبلغ الدين لديه أمكن للمدين دفع دعواه بدفع الغش إذ فى قبضه للدين مرتين إثراء بلا سبب.

إلا أن هذه الأهلية الناقصة التى أقرت لبعض عديمى الأهليـة فيما يتعلق بالتصرفات التى تحسن من حالهم بقيت نظرية محضة . ذلك أن الغير لا يقبل عملا التعاقد مع عديم الأهلية منفرداً بدون انضمام وصيه إليـه فى العقد ، خشية إلغاء التصرف فيما بعد .

١٣١ — *طرق علاج حالات انعدام الاهلية الفعلية* — لا محل لهـذا البحث فيما إذا كان عديم الأهلية بسبب صغر السن أو الانوثة أو اختلال القوى العقلية تابعا لغيره (alieni juris) . إذ هو خاضع في هذه الحالة لسلطة رب الأسرة وليس له مال (patrimoine) ولـكن يتغير الحال فيما لو أصبح مستقلا بحقوقه (sui juris) بموت صاحب السلطة الأبوية أو السيادة الزوجيـة أو بالعتق . فهنا يحق التساؤل فيمن يقوم بادارة أمواله ؟

وضع القانون الرومانى لعديمى الأهلية وناقصيها نظاماً خاصاً يقصد به إيجاد الأهلية للفريق الأول وتكميلها للفريق الثانى . وهذا النظام يسمى بالوصاية بالنسبة لغير البالغ وللمرأة وبالقوامة بالنسبة للمجنون والسفيه . وبسط نطاق هذه القوامة ، فى العصر الامبراطورى على القاصر الذى لم يبلغ من العمر ٢٥ سنة(١) .

(١) راجع De Visscher, Potestas et Cura, dans Studi Perozzi 1927 Etudes de droit romain 1931. Huvelin, Cours, 1. 1927, pp 213 et suiv

وقد نص على نظامى الوصاية والقوامة فى قانون الاثنى عشر لوحا وقد استمرا في تطور مواز لتطور نظامى السلطة الأبوية والزوجية فكانا في الأصل مظهرا ، من مظاهر السلطة (potestas) على شخص عديم الأهلية وأمواله لا بقصد حمايته وانما بقصد المحافظة على الأموال داخل العائلة . وقد انتهى بهما التطور فى عهد جوستنيان الى اعتبارهما تكليفاً أو عبئاً عاماً (charge) أو (munus publicum) يقوم به الوصى أو القيم تحت اشراف السلطة العامة لصالح عديمى الأهلية لا لصالحه الشخصى .

١٣٢ — **الغبن** (la lésion) : هذا وقد غالى البريتور فى حماية القاصر الذى لم يبلغ ٢٥ سنة فصار لا يحكم فقط ببطلان التصرفات التى يأتيها القاصر وحده والتى لايجوزله مباشرتها ، بل سمح له بعد بلوغه طلب فسخ التصرفات التى أتاها القيم فى حدود سلطته أو التى باشرها القاصر باذن القيم اذا لحقه غبن منها . وقد أطلق الشراح الحكم المذكور على الصبى أيضاً .

الفصل الاول

فى الوصاية على غير البالغ [1] (La tutelle des impubères)

١٣٣ — *الفكرة الاولى فى الوصاية* : الوصاية فى القوانين العصرية نظام موضوع لحماية عديم الأهلية ويطبق تحت اشراف الدولة والعائلة. وهذا بخلاف الحال فى القانون الرومانى القديم، فقد كانت الوصاية بمقتضى العرف والقانون للأعصاب من الذكور وهم الورثة الاحتماليون لعديم الأهلية (héritiers présomptifs) فهى نظام من نظم القانون الخاص لاتتدخل فيه الدولة، وهى سلطة (potestas) بيد الوصى يقصد بها المحافظة على الأموال العائلية لمصلحة الأعصاب والعشيرة.

ونجد أثر هذه الفكرة فى العصر العلمى. حيث كانوا يعرفون الوصاية بأنها قوة أو سلطة (vis ac potestas) وحيث كان يعتبر الوصى فى حكم المالك (loco domini) بالنسبة لأموال الصبى، فاذا سرق شىء من مال الأخير رفع الوصى دعوى السرقة (actio furti) كما لو كان هو المالك. (Dig, 26 ,7, 27)

١٣٤ — *تعديل الفكرة المذكورة* : وقد تغيرت هذه الفكرة تدريجياً. فظهر بجانب وصاية الأعصاب والعشيرة نوعان آخران من الوصاية، وهما الوصاية المختارة (la tutelle testamentaire) وهى المقررة من رب الأسرة فى وصيته، وقد ظهرت منذ عهد الألواح الاثنى عشر، والوصاية القضائية (tutelle déférée par le magistrat) وقد أنشأها البريتور فى القرن السادس لروما للمحافظة على أموال القاصر الذى ليس له وصى. فظهرت بذلك فكرة اعتبار الوصاية عبئاً أو تكليفاً (munus, officium) لحماية مصلحة القاصر أكثر منها سلطة لمصلحة الوصى وهو الوارث الاحتمالى.

---

(١) راجع (Bonfante, Corso, 1, 1925, pp 402-472)

١٣٥ — تعريف جوستنيان للوصاية : وتظهر هاتان الفكرتان معاً في تعريف جوستنيان للوصاية الوارد فى النظم (Institutes 1-13-1) « الوصاية كما عرفها (Servius) هى قوة وسلطة (vis ac potestas) على شخص حر لحماية من هو غير قادر على الدفاع عن مصالحه بسبب صغر سنه » (١)

ففكرة القوة أو السلطة تشير الى الحالة فى القانون القديم وفكرة الحماية هى الفكرة الجديدة التى أدخلت تدريجياً وكان من أثر ظهورها تغيير أحكام الوصاية جميعا، سواء فيما يتعلق بتعيين الأوصياء أو فى تحديد وظائفهم أو فى تحديد سلطتهم أو فى تقرير مسئوليتهم .

المبحث الأول — فى تعيين الأوصياء

قد يكون تعيين الوصى بنص القانون أو باختيار رب الأسرة (paterfamilias) أو باختيار القاضى (magistrat) فالوصاية ثلاثة أنواع: الوصاية الشرعية، والوصاية المختارة ، والوصاية القضائية .

١٣٦ — النوع الاول: الوصاية القانونية أو الشرعية (tutela legitima) وهى بلا شك أقدم أنواع الوصاية ، اذ هى مقررة بمقتضى قانون الاثنى عشر لوحا الذى أقر ماجرى عليه العرف من قبله . وكانت للأعضاء القرابة المدنية، أى للأعصاب (agnats) ، للأقرب فالأقرب منهم تبعا لترتيبهم فى الارث، ثم للعشيرة (gens) عند عدمهم ويعتبر من قبيل الوصاية الشرعية وصاية المعتق (patron) وفروعه على المعتوق (affranchi) اذا كان صغيراً أو قاصراً .

ولقد طرأ على الوصاية الشرعية تعديلات شتى فى عصر الامبراطورية . فزال حق العشيرة فى الوصاية بزوال نظام العشيرة ذاته . وصارت الوصاية الشرعية

---

(١) راجع بونفانت، المرجع المتقدم ، ص٥٠٥ ؛ — جيفلان، طبعة ١٩٢٧ ، الجزء الاول، ص ٣٤٥ . وقارن الاستاذ ارنجيو روز الذى يرى أن عبارة (ad tuendum) الواردة فى التعريف المتقدم والتى تفيد فكرة الحماية أدخلت على التعريف من طريق الانتحال ولم تكن من وضع (Servius) الذى نسب اليه التعريف

Arangio-Ruiz, Corso de Istituzioni di diritto romano, 2 edit, p 453, n1.

بعـد أن أحلت القرابة الطبيعية (cognatio) محل القرابة المدنيـة (agnatio)، للأقارب الطبيعيين بحسب ترتيبهم فى الارث سواء كانوا من الأعصاب أو من جهة الأم.

١٣٧ – النوع الثانى : الوصاية المختارة (tutela testamento data) وكذلك لرب الأسرة pater) أن يختار في وصيته وصياً على ابنه غير البالغ، ويقال للوصـاية فى هذه الحالة (tutela testamento data) . وهى وسـيلة بيد رب الأسرة لابعاد الأعصاب (agnats) وأعضاء العشيرة (gentiles)من الوصاية، بمنح الولاية على أبنائه لمن يثق فى ذمته وأمانته، دون التقيد بأفراد عائلته المدنية . ولذلك كان الوصى المختار هذا مفضلا على الوصى الشرعى، فلا تكون الوصاية لهذا الأخير إلا عند عدم وجود وصى مختار .

وكان القانون القديم لا يستلزم فى الوصى الشرعى أو المختار إلا شروط الحرية والوطنية والذكورة . ثم تعدلت هذه القواعد بتغير طبيعة الوصاية وصيرورتها نظاما مقرر لحماية مصالح الموصى عليه دون الوصى، فاستلزم القانون الحديث أن يكون الوصى غير عاجز عن حسن الادارة فلا تكون الوصاية للأبكم أو الأصم أو للقاصر عن ٢٥ سـنة ولا للاشخاص الذين تمنعهم أعمال وظيفتهم عن التوفر لادارة أموال الموصى عليه كالجندى والقسيس .

١٣٨ – النوع الثالث الوصاية القضائية (tutelle déférée par le magistrat):
هذه الوصاية هى أحدث الأنواع عهداً ، إذ ظلت الدولة أمداً طويلا بعيدة عن التدخل فى تعيين الأوصياء . ذلك لأن الوصاية كانت تعتبر سلطة (potestas) ، سواء لمن اختـاره رب الأسرة في وصيته ليحل محله بعد وفاته أو لأعضاء العائلة المدنيـة (famille civile) . غير أن هنـاك أحوالا لا يكون للقاصر فيها وصى مختار أو شرعى، كما هى حال المولود من غير زواج شرعى أو من ليس له أقارب من الرجال. وقد ظل هؤلاء بغير أوصياء فى القانون القديم. لذلك تدخل المشرع لضمان مصالح غير البالغ فى الاحوال المذكورة بتكليف القـاضى بتعيين من يتولى عنه إدارة أمواله . وقد كان يقوم بتعيين الاوصياء فى روما البريتور المدنى (praetor urbanus). والحاكم gouverneur) فى الاقاليم (provinces) ثم فى عهـد الامـبراطور (Claude) (٤١ — ٥٤ م) صـار يعين الوصى فى روما بواسـطة القناصـل

(consuls)، وفي عهد الامبراطور (Marc-Aurèle) (١٦١ – ١٨٠ م) بمعرفة بريتور أنشيء خصيصا لذلك وكان يسمى (praetor tutelaris) .

وفي عهد جوستنيان صار تعيين الوصي في العاصمة من اختصاص البريتور ومحافظ المدينة ، وفي الاقاليم من اختصاص حاكم الاقليم اذا زادت أموال غير البالغ عن ٥٠٠ صولد ذهبا ، ومن اختصاص الحكام المحليين اذا لم تزد أمواله عن القيمة المذكورة .

المبحث الثاني ـ في وظائف الوصي (Les fonctions du tuteur)

١٣٩ ـ من المحتمل جداً ، أنه كان للوصي قديماً ، وقد حل محل رب الاسرة المتوفى ، الولاية على شخص القاصر وأمواله ، فكانت له حضانة الطفل والانتفاع والتصرف في أمواله . أو بعبارة أخرى كان الوصي السيد المتصرف في شخص القاصر وأمواله . فله سلطة (potestas) أو (auctoritas) تشبه سلطة رب الاسرة تماما . ولكن لم يلبث أن ميز القانون بين حضانة الولد وإدارة أمواله فأسند أمر حضانته وأمر تربيته الى أقاربه وبالأخص للام إذ هي أقدر من غيرها على القيام بهذا العبء . وربما روعي في ذلك أن ليس من الحكمة ترك حضانة الولد ، والمحافظة على شخصه لمن يرثه من بعده ، وبذلك قصرت وظيفة الوصي على إدارة الاموال.

١٤٠ ـ *ادارة الوصي لأموال القاصر* : تختلف طريقة إدارة الوصي لاموال غير البالغ باختلاف حال هذا الأخير، اذ أن أهليته معدومة تماما في مدة الطفولة (infantia) أي حتى بلوغه سبع سنين، فليس له أن يشترك في أي عمل سواء كان مكسبا لحق أو منشئاً لواجب، ولذلك كان الوصي هو الذي يقوم وحده بجميع تصرفاته وهذا ما يسمى (negotiorum gestio) أي الادارة أو مباشرة الأمر بنفسه عن الطفل . وأما اذا جاوز دور الطفولة، فله أن يقوم وحده — كما سبق بيان ذلك — بالتصرفات التي تزيد في أمواله لا التي تنقص منها . فان قام بتصرف متردد بين النفع والضرر صح التصرف فيما ينفعه وبطل فيما يضره . فوظيفة الوصي أن يتدخل في هذه الأعمال اما بالطريقة السابقة أي القيام بها وحده بالنيابة عن القاصر واما بالاشتراك مع القاصر ليكمل أهليته بالمصادقة أو الاذن له بمباشرة العقد (interpositio auctoritatis).

١ـ طريقة الادارة (La negotiorum gestio)

١٤١ — الوصى لا يمثل القاصر فى ادارة أمواله : يقصد بعبارة (negotiorum gestio,) قيام الوصى بمباشرة تصرفات غير البالغ وادارة أمواله وهى الطريقة الوحيدة الممكنة بالنسبة للطفل (infans) . انما يجب أن نلاحظ أن الوصى فى ادارته لأموال الصبى او مباشرته التصرفات عنه لا يمثل هذا الأخير. فاذا أراد الوصى مثلا أن يشترى للصبى عقاراً ما ، وبمال هذا الأخير فان الوصى هو الذى يظهر فى العقد ، سواء تم نقل الملكية بطريق الاشهاد أو الدعوى الصورية، وهو الذى يصير المالك للعقار المذكور. وكذلك الحال فيما يتعلق بالدعاوى. فللوصى منذ القانون القديم رفع الدعاوى عن القاصر ، انما يصدر الحكم في مواجهة الوصى وهو الذى يذكر اسمه وحده في الحكم. فيبين في صدر صيغة الدعوى (intentio) وهو الجزء المخصص لبيان وقائع الدعوى، اسم من يتولى الوصى عنه رفع الدعوى، أما فى الحكم (condemnatio)، وهو الجزء الخاص بما يحكم به . فيذكر فيه اسم الوصى وحده . فمثلا فى الصيغة الخاصة بدعوى الوديعة يقول البريتور للحكم : « اذا ثبت لك بأن الشىء المملوك للصبى (pupille)، كان وديعة لدى المدعى عليه. فاحكم عليه قبل الوصى».

فبهذه الطريقة يتصرف الوصى كما لو كان يعمل لحسابه الخاص، انما يجب عليه عند انتهاء الوصاية تقديم حساب عن كل تصرفاته السابقة، فعليه عند انتهاء الوصاية أن ينقل الى القاصر، وقد صار أهلا ، ما اكتسبه من الأموال أو الحقوق بالطرق الناقلة المقررة فى القانون وينقل اليه كذلك الديون التى عقدها لمصلحته .

١٤٢ — عيوب الطريقة المذكورة : لهذه الطريقة عيوب شتى أهمها :

أولا — أنها غير ممكنة الا فى التصرفات التى يمكن للوصى القيام بها لحسابه الخاص دون التصرفات الشخصية البحتة التى لا يمكن لغير القاصر القيام بها

مثال ذلك: اذا آلت تركة ما الى الطفل (infans) فلا يمكن للوصى ان يقبلها، اذ هو ليس بوارثه كما أن قبول التركة لا يمكن صدوره من الطفل لانعدام أهليته وهكذا تبقى التركة معلقة .

ثانيا — لاتخلو ادارة الوصى لاموال القاصر بطريقة مباشرة (negotiorum- gestio) من العيوب حتى بالنسبة للتصرفات التى يمكن للوصى القيام بها :

فهى من جهة تؤدى الى تعقيد الاجراءات باستلزام نقل الأموال والحقوق والديون الى القاصر عند انتهاء الوصاية ، ومن جهة أخرى تحمل كلا من الطرفين، الوصى والقاصر . خطر اعسار الطرف الآخر فاذا اكتسب الوصى مالا لمصلحة القاصر فهو المالك له وللقاصر قبله حق شخصى وقد يضيع عليه هذا الحق اذا أصبح الوصى معسراً عندانتهاء الوصاية، وعلى النقيض من ذلك قد يجد الوصى أموال القاصر غير كافية لسداد الديون التى عقدها أثناء الوصاية والتى شغلت ذمته وذلك عند عمل الحساب فى نهاية الوصاية .

١٤٣ — *معالجة بعض هذه العيوب* : وقد أمكن ملافاة هذه العيوب بوسائل كثيرة :

١ — فقد كان للوصى أن يدخل فى العقد عبداً للقاصر يستعير شخصية سيده ويكتسب الحقوق له . فى هذه الحالة — كما سبق بيان ذلك عند الكلام على الرق — ينتج العمل القانونى آثاره مباشرة فى شخص السيد أى القاصر، إلا أن استعمال هذه الطريقة لا يكون إلا في التصرفات التى يمكن للعبد مباشرتها أى التى تحسن من حالة سيده بأن تجعله مالكا أو دائناً .

٢ — سمح البريتور للوصى أن يقبل التركة عن الطفل (infans) ويكتسب الطفل بهذا القبول التركة طبقاً للقانون البريتورى أى باعتباره وارثاً بريتورياً (bonorum possessor) .

وأخيراً سمح الامبراطور تيودوز فى سنة ٤٢٦ م للوصى قبول التركة طبقاً للقانون المدنى (jure civile) .

٣ — قرر الفقهاء فى العصر العلمى بأن الوصى الذى يدير أموال القاصر قد يكسبه الملكية مباشرة إذا حصل نقل الملكية باحدى الطرق المبنية على وضع اليد (possessio) كالتسليم (traditio) وذلك يرجع إلى أن وضع اليد قد يكون نيابة عن الغير . كما سنرى ذلك عند الكلام على نظرية وضع اليد فى كتاب الأموال .

٤ ـ طرأ على المبدأ المتقدم ـ وهو عدم تمثيل الوصى القاصر فى التصرفات التى يباشرها ـ تعديل آخر في نطاق الالتزامات (obligations) ذلك أنه إذا باشر الوصى عقداً من العقود عن القاصر ولمصلحة هذا الأخير فللقاصر عند انتهاء الوصاية أن يقاضى من تعاقد معه وصيه لاستيفاء الديون المترتبة في ذمته ، كما أن للطرف الآخر أن يقاضى القاصر عند بلوغه عن الديون الناشئة له من هذا العقد ، وذلك كله من باب التوسع وبطريق الدعاوى المفيدة (actions utiles).

إلا أن النيابة (représentation) هنا ليست كاملة بمعنى أن الوصى يبقى دائناً أو مدينا بجانب القاصر، فيقاضي ويقاضى بطريق الدعوى المباشرة (action directe) الناشئة عن العقد .

§٢ـ طريقة الاجازة (L'auctoritas tutoris)

١٤٤ — ماهية الاجازة : قد يتولى الصبي نفسه مباشرة العقد بالاشتراك مع وصيه . وهذه الطريقة كما قلنا غير ممكنة فى دور الطفولة ، إذ هى تستلزم قدراً معيناً من التمييز فيمن يباشر التصرف . فهى لا تكون إلا بعد بلوغ الطفل سبع سنين (infantia major) وللوصى عليه الخيار ، إن شاء باشر التصرف بنفسه مباشرة (negotiorum gestio) وإن شاء اشترك مع القاصر ليكمل أهليته بالمصادقة أو الاذن له بمباشرة العقد (auctoritas) .

ومعنى الأجازة (auctoritas) أن ينضم الوصى إلى الصبي فعلا فى العقد فيشترط حضوره في مجلس العقد وموافقته على العقد فيه فلا قيمة للاجازة اللاحقة .

١٤٥ — مزايا هذه الطريقة : تمتاز طريقة الأجازة بخلوها من عيوب طريقة الادارة، فلا تعرض لنا الصعوبة الخاصة بالتصرفات الشخصية البحتة التى لا يمكن لغير القاصر مباشرتها . فللصبى الذى جاوز سن الطفولة قبول التركة بأجازة الوصى .

كذلك لا محل للتعرض لموضوع النيابة (représentation) إذ القاصر هو الذى يباشر العقد بنفسه، وفى هذه الحالة ينتج العقد آثاره فى شخصه مباشرة فهو الذى يكتسب

الحقوق أو يلتزم بالواجبات المترتبة على العقد . بعكس الوصى فانه لا يلتزم بمثل هذا العقد وبذلك يتفادى كل منهما احتمال إعسار الآخر .

هذا فضلا عما فى هذه الطريقة من فائدة تدريب القاصر على إدارة أمواله وتهيئته للاستقلال بأموره .

١٤٦ — *زوال طريقة الاجازة تدريجياً* : وقد استعملت طريقة الاجازة لمزاياها السابقة طوال العصر العلمى . غير أنها زالت تدريجياً فى العصر الأخير لعدم الحاجة اليها بظهور نظرية النيابة (théorie de la représentation) فصار الوصى يتولى التصرف بنفسه بالنيابة عن الموصى عليه ، وبذا صارت طريقة الأجازة من بقايا نظم القانون الرومانى فى العصرين القديم والعلمى .

ويجب أن نلاحظ أن ما تقدم ينصب فقط على التصرفات التى لا يملك الصبى القيام بها وحده إذ للصبى وهو من بلغ السبع سنين وزيادة، مباشرة بعض التصرفات التى سبق الكلام عليها وهى التى تزيد فى ماله بأن تجعله دائنا أو مالكا .

المبحث الثالث ـ فى سلطة الوصى وواجباته

١٤٧ - *فى القانون القديم* : قلنا أن الوصى فى القانون القديم كان السيد المتصرف فى أموال غير البالغ مثله كمثل رب الاسرة (paterfamilias) فيما يتعلق بأموال العائلة . فهو يدير أموال غير البالغ اذا شاء وكيف يشاء ، إلا أن هذه السلطة المطلقة فى القديم قيدت بقيود شتى ، روعيت فيها مصلحة غير البالغ ، بعد أن ضعفت فكرة اعتبار الوصاية سلطة على عديم الاهلية . وتقررت بجانب ذلك واجبات شتى على الوصى ضمنتها دعاوى جديدة . وكذلك اهتم القانون الحديث بتنظيم بعض الضمانات لحماية القاصر من احتمال إعسار الوصى أو موته قبل سداد مافى ذمته من حقوق الموصى عليه ، حتى أصبحت الوصاية نظاما يخضع لاشراف الدولة ويقوم على فكرة واحدة ، هى فكرة المحافظة على مصالح القاصر وصيانة أمواله من الضياع كما سنبينه تفصيلا فيما يأتى :

§ ١ - قيود سلطه الوصى

١٤٨ - ١ . **دعاوى القاصر** : اذا قام نزاع قضائى بين القاصر ووصيه فلا يمكن لهـذا الاخير أن يمثل القاصر فى الدعوى لتعارض مصلحتيهما ، بل يعين البريتور للقاصر وصيا مأذونا بالخصومة (tutor praetorius) لمباشرة الدعوى فى مواجهة الوصى .

١٤٩ - ٢ . **تحريم التبرع من مال القاصر** : حرم على الوصى منذ العصر العلمى التصرف فى مال القاصر بدون مقابل، ويظهر أن مثل هذه التبرعات لم تكن محظورة فى القانون القديم ، ولو أن العرف والعشيرة كانا يحولان دون حصولها.

١٥٠ - ٣ . **حظر التصرف فى مال القاصر** : كذلك قيد حق الوصى فى التصرف فى مال القاصر ولو كان التصرف بعوض منذ القرن الثانى من الميلاد .

فحظر عليـه فى عام ١٩٥ بعد الميلاد بمقتضى قانون صادر من مجلس الشيوخ (oratio Severi) التصرف فى الاراضى الزراعية (praedia rustica) وفى بعض العقارات المبنية (praedia suburbana) وهى المبانى المحاطة بأرض فضاء . وبقى له حق التصرف فى المبانى الموجودة بروما ، والسبب فى التمييز بين المبانى الاولى(praedia suburbana)والمبانى الموجودة فى روما(praedia urbana) هو أن الاولى أبعـد الى احتمال هلاكها بالحريق من الثانية بسبب عدم التصاقها بعضها ببعض .

إلا أن لهذ الحظر استثناءات ، فيجوز باذن القاضى بيع عقارات القاصر اذا دعت الضرورة الى ذلك، مثلا لسداد ديون القاصر السابقة على الوصاية أو بناء على طلب الدائن المرتهن استيفاء لدينه على القاصر ، إذ لا يمكن حرمان الدائن المرتهن من حقه فى طلب البيع . ويلاحظ أن البيع يكون باذن القاضى ، وهنا نلمس ابتداء خضوع الوصى لاشراف السلطة القضائية أى السلطة العامة .

وقد استمرت سلطة الوصى فى الانتقاص تدريجياً ، فحرم عليه فى عصر قسطنطين سنة ٣٣٥ م بيع عقارات القاصر المبنية (praedia urbana) بل وحرم عليه بيع بعض الاموال المنقولة ذات القيمة ولو كانت لا تنتج إيراداً ثابتاً كالمصوغات

والمنقولات النفيسة ، وهذا ينبيء عن تطور الحالة الاقتصادية في هذا العصر الذى اختل فيه الامن وزالت الطمأنينة ، وصار ينظرالى الاموال السهلة الحمل والاخفاء نفس الاموال .

١٥١ - ٠٤ - *قبض الديون* : وفى عهد جوستنيان حرم على الوصى قبض ديون القاصر (على الاقل الديون الجسيمة) بدون إذن القاضى .

وهكذا قيدت سلطة الوصى وخضع في كل التصرفات المهمة لاشراف السلطة القضائيـة ، بل وأكثر من هذا فان تصرف الوصى فى حدود سلطته لا ينتج حتما آثاره في كل الاحوال . إذ للقاصر أن يفسخ التصرف بطلب إعادة الشيء الى أصله (in integrum restitutio) اذا لحقه غبن (lésion) منه.

§ ٢ - واجبات الوصى

Les obligations du tuteur

هده الواجبات على أنواع ثلاثة : فمنها ما يجب على الوصى القيام به عند ابتداء الوصاية . ومنها مايجب عليه فى أثناء الوصاية ومنها مايلزمه القيام به عند انتهاء الوصاية.

١٥٢ —(١) *واجبات الوصى عند ابتداء الوصاية*: ١- يجب على الوصى قبل مباشرته إدارة أموال القاصر حصر الأموال في قائمة رسمية لضمان استردادها واعلان مايكون له أو عليه من الديون قبل القاصر .

فاذا أهمل الوصى في عمل هذا الجرد كان للقاصر عند بلوغه مطالبته بملكية أى مال يكون تحت يده ، ويصدق القاصر فى ذلك بيمينه (Dig, Ulpien . 26. 7, 7,)

٢ — يجب على بعض الأوصياء عند بدء الوصاية أن يتعهد للقاصر (أو لعبده اذا كان طفلا infans) بالمحافظة على أمواله ويضمنه فى هذا التعهد كفلاء. ويقال لهذا التعهد الشفوى (satisdatio rem pupilli salvam fore) .

ولا يجب هـذا التعهد على الوصى المختـار (tuteur testamentaire) اذ في اختيار الوصى له ضمان كاف على أمانته وكفاءته ، ويعفى أيضا من هذا التعهد الوصى المعين من البريتور أو من محافظ المدينة أو من حاكم الاقليم . وذلك لأن تعيينه منهم لايكون الا بعـد البحث والتحرى عن أمانته وكفاءته . فلا يلزم بهذا

التعهد سوى الوصى الشرعى (tutur légitime) والوصى المعين من الحكام القضائيين المحليين (les magistrats municipaux) .

١٥٣ — (ب) واجبات الوصى فى أثناء الوصاية : ١ — يجب على الوصى أن يدير أموال القاصر. وقد اثبت البريتور فى منشوره هذا الالتزام. فلأقارب القاصر فى حالة اهمال الوصى القيام بواجبه الالتجاء الى القنصل . (وقد صار له تعيين الأوصياء ابتداء من عهد الامبراطور « Claude » كما سبق بيان ذلك) لاتخاذ الاجراءات اللازمة للمحافظة على مصالح القاصر . فالوصى ملزم فى الواقع بمباشرة أعماله وإلا عد مسئولا عن امتناعه . وقد أكد الامبراطور (Marc-Aurèle) هذا الواجب فقرر مسئولية الوصى اذا امتنع عن مباشرة أعمال الوصاية مالم يقدم فى بحر ٥٠ يوماً من تاريخ تعيينه أعذاراً مقبولة عن امتناعه .

٢ — بقى أن نتساءل عن كيفية إدارة الوصى لأموال القاصر، أو بعبارة أخرى ماهى حدود مسئوليته ؟ يجب على الوصى أن يدير أموال القاصر كرب الأسرة حسن الادارة (bon père de famille) ، بمعنى أنه يسأل عن الاهمال أو التقصير الذى لا يرتكبه عادة رب الأسرة المذكور فى ادارته لأمواله (culpa in abstracto) وقد خفف الامبراطور جوستنيان من الحكم المذكور فاكتفى بالزام الوصى أن يعطى لشؤون القاصر نفس العناية التى يعطيها لشؤونه الخاصة . أى أنه لايسأل الا عن التقصير الذى لايأتيه عادة فى إدارته لأمواله الخاصة (culpa-in concreto) فيجب عليه استيفاء ديون القاصر واستثمار أمواله ودفع ديونه الخ .

١٥٤ — (ج) واجبات الوصى عند انتهاء الوصاية : يجب على الوصى عند انتهاء الوصاية تقديم حساب عن ادارته . فيرد الى القاصر عند بلوغه مافى ذمته من الاموال ، ويحمله الديون التى يكون قد عقدها لحسابه .

المبحث الرابع ـ فى مسئولية الوصى

١٥٥ — لمحة تاريخية : كان الوصى لايسأل فى الأصل الا عن جرائمه ، وقد نظم

قانون الاثنى عشر لوحاً مسئوليته هذه بدعويين : دعوى العزل (crimen suspecti tutoris) ودعوى الاختلاس (actio rationibus distrahendis)

وفي أواخر الجمهورية رتبت قبل الوصى دعوى أخرى مدنيـة تسمى بدعوى الوصاية (actio tutelæ)

كذلك اهتم القانون الحديث بتنظيم بعض الضمانات لحماية مصالح القاصر من احتمال افلاس الوصي أو موته قبل سـداد مافى عهدته ، وسندرس (أولاً) دعاوى الوصاية و (ثانياً) الضمانات المقررة لمصلحة القاصر .

§ ١ - دعاوى الوصاية

١٥٦ — **الدعاوى القديمة** : نص قانون الاثنى عشر لوحاً على دعويين **الاولى** : دعوى العزل (crimen suspecti tutoris) وهى دعوى جنائية ترفع على الوصى الذى يسىء استعمال سلطته بسوء نية وتؤدى الى عزل الوصى ويجر قرار العزل الوصمة (infamie) على الوصى. والظاهر أن هذه الدعوى كانت قاصرة على الأوصياء المختارين (tuteurs testamentaires) .

والثانية : دعوى الحساب (actio de rationibus distrahendis) وهى دعوى جنائية بالرغم من اسمها الذى قد يشعر بأنها مدنية، وهى ترفع، عند نهاية الوصاية من القاصر أو ورثته على الوصى اذا اختلس شيئا من أموال القاصر. فهى عبارة عن دعوى السرقة (actio furti) تحت اسم آخر ولذلك فأنها ، كدعوى السرقة، تؤدى إلى الحكم على الوصى بضعف قيمة ما اختلسه.

١٥٧ — **دعوى الوصاية** (actio tutelae) غير أن الدعاوى المتقدمة لم تكن كافية لضمان مصالح القاصر على الوجه الأكمل ، فدعوى الحساب (rationibus distra- hendis) قاصرة على حالة اختلاس الوصى لمال القاصر . فهى لاتشمل أحوال الكسب من غير طريق الاختلاس أو الخسارة التى تلحق القاصر من سوء ادارة الوصى أو اهماله أو تقصيره. ومثلها دعوى العزل (crimen suspecti) ، فقد كانت تؤدى فقط الى عزل الوصى المهمل أو غير الأمين ، ولكن لا تؤدى الى الحكم على الوصى بتعويض

الخسارة التى لحقت القاصر من سوء ادارته أو عدم أمانته فهى ضمان للمستقبل دون أن تضمن للقاصر تعويض الخسارة التى عادت عليه من سوء ادارة الوصى السابقة على العزل .

ولذلك رتبت قبل الوصى فى أواخر الجمهورية دعوى أخرى مدنية تسمى دعوى الوصاية (act o tutelae) وهى لا ترفع الا عند نهاية الوصاية وموضوعها مطالبة الوصى بأن يقدم حسابا عن كل الأموال التى يكون قد استلمها والمبالغ التى يكون قد قبضها أثناء الوصاية وعن كل الأعمال والتصرفات التى يكون قد باشرها بل وعن الأعمال التى يكون قد أهمل القيام بها . وهذه الدعوى كدعوى العزل تجر الوصمة (infamie) على الوصى فى بعض الأحوال وخاصة فى حالة ثبوت سوء نيته.

وقد سميت هذه الدعوى فى عهد جوستنيان بدعوى الوصاية المباشرة (actio tutelae directa) لتمييزها عن دعوى الوصاية غير المباشرة (actio tutelae contraria) التى أعطيت للوصى يرفعها على القاصر لمطالبته بالتعويضات التى يستحقها بسبب ادارته كالمصاريف التى يكون قد أنفقها على عقارات القاصر لحفظها أو اصلاحها .

وقد بقيت الدعويان القديمتان، دعوى العزل ودعوى الحساب، بجانب دعوى الوصاية معمولا بهما كلما دعت مصلحة القاصر الى ذلك .

§ ٢ — ضمانات القاصر

دعوى الوصاية المتقدمة دعوى شخصية لا تضمن حقوق القاصر ضمانا كافياً. فالوصى اذا كان معسراً اضطر القاصر الى الاشتراك مع الدائنين الآخرين فى اقتسام أمواله، لذلك منح القاصر تدريجياً تأمينات (suretés) عدة تضمن له الحصول على مايكون له فى ذمة وصيه بطريق الافضلية .

١٥٨ — **ضمانات القاصر**: وهذه الضمانات هى :

١ — الزام الوصى الشرعى وكذلك وصى القاضى عند بدء الوصاية بأن يتعهد, ويضمنه فى تعهده هذا كفلاء، بأن يحافظ على أموال القاصر .

٢ — صدر قانون من مجلس الشيوخ (senatus - consulte) فى عهد الامبراطور (Trajan) تراجان ، منح القاصر في حالة إعسار الوصى وكفلائه دعوى احتياطية (actio subsidiaria) للرجوع بها على القاضى الذى عين الوصى وتقرير مسئوليته عن هذا التعيين الذى لم يكن مصحوبا بضمانات كافية ، لافتراض القانون اهماله في رعاية مصلحة القاصر ، وعدم اجرائه تحقيقاً وافياً للتحرى عن كفاءة الوصى وملاءته .

٣ — منح القاصر منذ عهد الامبراطور قسطنطين (٣٠٦ - ٣٣٧ م) امتيازا (privilegium) يجعل ديون الوصاية مقدمة فى الوفاء على ديون الدائنين العاديين دون الدائنين المرتهنين

٤ — وأخيراً تقرر للقاصر حق رهن عام (hypothèque générale) على جميع أموال الوصى بمقتضاه يقدم فى الوفاء على جميع الدائنين المرتهنين الذين تقررت رهانهم بعد قيام الوصاية .

الفصل الثانى

فى الوصاية الدائمة على النساء

١٥٩ — *تاريخها ومشروعيتها*: إذا بلغ الصبى سن البلوغ الطبيعى (١٤ سنة) تحرر من الوصاية، بخلاف الانثى فهى تستمر خاضعة لنظام الوصاية مدة حياتها . وليس نظام الوصاية على النساء خاصا بالقانون الرومانى بل نجده فى معظم الشرائع القديمة . ولكن القانون الرومانى قد امتاز على الشرائع الأخرى بانه بينما يقرر عدم أهلية المرأة لاستعمال حقوقها من ناحية، يقرر مساواتها بالرجل في الارث من ناحية أخرى.

والوصاية على النساء نتيجة من نتائج نظام العائلة الرومانية القائمة على السلطة الأبوية (la famille patriarcale) فهى مقررة بمقتضى القانون والعرف لاقارب المرأة من الأعصاب لمصلحة العائلة بقصد المحافظة على أموال الاسرة وعدم تسربها وضياعها بسبب ضعف المرأة وقلة خبرتها . فقد خشى الرومان في العصر القديم أن تسىء المرأة التصرف في الأموال التى آلت إليها من العائلة أو أن تنقل هذه الأموال إلى عائلة أخرى بزواجها مع السيادة من أحد أفراد أسرة أخرى . فهى كالوصاية على الصبى في القديم تقررت للمحافظة على أموال الأسرة لا لحماية مصالح الموصى عليه نفسه فهى فى الأصل سلطة (potestas) أو سيطرة (manus) كما يسميها (Tite-live) (٣٤ - ٢) وهى تشمل جميع النساء ماعدا كاهنات (vestales) معبد الله النار (Vesta) .

وقد فقدت الوصاية على النساء حكمتها منذ أواخر الجمهورية وصار من الصعب تبرير مشروعيتها، فشيشرون (Ciceron) يعللها بضعف المرأة وقصورها العقلى (débilité intellectuelle) وليس كما فى القديم بضعفها الجسمانى (débilité physique) ويفسر جايوس (Gaius) عدم أهلية المرأة بضعف خلقها (levitas animi) ولو أنه لا يرى فى ذلك سبباً كافياً لتبرير اخضاعها للوصاية الدائمة .

ونظرا لعدم استناد نظام الوصاية على المرأة إلى سبب صحيح يبرر وجوده فقد زال كما نشأ باعتباره سلطة كما فى القديم دون أن يتطور إلى نظام مقرر لحماية المرأة من نتائج ضعفها الخلقى أو قصورها العقلى . وسندرس فيما يلى بقايا هذا النظام فى العصر العلمى .

المبحث الأول — فيمن له الوصاية على المرأة

هذه الوصاية كالوصاية على الصبى قد تكون شرعية (légitime) أو مختارة (testamentaire) أو قضائية (honoraire).

١٦٠ — **الوصاية الشرعية** : تكون الوصاية الشرعية للأقرب فالأقرب من الأعصاب (agnats) ثم لأعضاء العشيرة (gentiles) عند عدم وجود أحد من الأعصاب. فالبنت عند موت أبيها تخضع لوصاية إخوتها أو أعمامها. وتخضع الزوجة تحت السيادة (in manu) عند موت زوجها لوصاية أولادها الذكور أو إخوة زوجها أو أعمامه .

وتكون للمعتق (patron) على معتوقته. أما البنت المحررة (fille émancipée) فتخضع لوصاية من تحررت من سلطته سواء كان أباها الطبيعى أو شخصاً أجنبياً (manumissor extraneus) على حسب الأحوال .

١٦١ — **الوصاية المختارة** (tutelle testamentaire) يرجع عهد الوصاية المختارة إلى قانون الاثنى عشر لوحا ، وقد استمرت تحت حكم الامبراطورية ، فكان يجوز بمقتضاها لرب الأسرة (Pater) أن يبعد الأعصاب والعشيرة من الوصاية باختيار وصى لبنته أو زوجته مع السيادة (in manu) في وصيته ، بل وكان له أن يمنح ابنته أو زوجته حق اختيار وصيها (tutor optivus) .

١٦٢ — **الوصاية القضائية** : (tutelle honoraire) وأخيراً قد يعين القاضى للمرأة وصياً عند عدم وجود وصى شرعى أو مختار .

المبحث الثانى — فى آثار عدم أهلية المرأة

لا يتولى الوصى على المرأة إدارة أموالها بنفسه (negotiorum gestio) بل إن وظيفته قاصرة على إجازته تصرفات معينة لا تملك المرأة القيام بها وحدها . فالمرأة هى التى تتولى بنفسها إدارة أموالها مع الزامها بالحصول على أجازة الوصى (auctoritas) فى تصرفات معينة .

١٦٣ — *التصرفات التى تخضع لاجازة الوصى*: كانت المرأة في العصر العلمى لاتملك مباشرة تصرفات معينة بدون اجازة وصيها ، أما ما عداها من التصرفات فكان لها أن تباشره بنفسها بدون تدخل وصيها . ولما كانت الوصاية على النساء لم تتطور كباقى أنواع الوصاية الأخرى فقد ترتب على ذلك أن المرأة لم تدخل فى طائفة ناقصى الأهلية (السفيه ، القاصر دون الخمس والعشرين سنة — والصبى) الذين لهم وحدهم مباشرة التصرفات المفيدة ، أى التى تزيد فى مالهم دون التصرفات الضارة أى التى تنقص من مالهم . فكان لها مثلا حق التصرف فى أموالها غير النفيسة (res nec mancipi) بخلاف الصبى كما سبق بيان ذلك .

وقد حصر (Ulpien) التصرفات التى لا يجوز للمرأة مباشرتها بدون إجازة وصيها فيما يأتى :

١ — رفع الدعاوى أو مباشرة التصرفات التى تصاغ فى صورة دعوى كنقل الملكية بطريق الدعوى الصورية (in jure cessio) وكالتحرير بدعوى استرداد الحرية الصورية (vindicta)

٢ — عقد الديون .

٣ — مباشرة تصرف من تصرفات القانون المدنى القديم كقبول تركة (adition d'hérédité) أو تقرير دوطة (dictio dotis) أو التنازل عن دين بطريق رسمى (acceptilatio).

٤ — نقل ملكية الأموال النفيسة (res mancipi).

٥ — الزواج بالسيادة.

يتضح من دراسة هذه التصرفات انها شاملة لجميع التصرفات القانونية المعروفة في العهد القديم ، الأمر الذى يحمل على الاعتقاد بأن المرأة كانت عديمة الأهليـة في القانون القديم .

المبحث الثالث — فى زوال الوصاية على النساء

١٦٤ — ولما كانت هذه الأحكام تتضمن بقايا نظام تعسفى مخالف للطبيعة ولروح العدالة فقد قدر لها أن تزول وقد تم زوالها تحت تأثير غلبة القانون الطبيعى على العرف والتقاليد . فبينا بقيت الوصـاية على الصغير والصبى مع تهذيبها لاستنادها الى نقص طبيعى فى الأهلية ، فان الأسس التى قامت عليها الوصاية على النساء لم يكن من شأنها أن تهيء لهذه الوصاية أسباب البقاء.

وقد بدأ هذا التطور فى أوائل الأمبراطورية بفضل نظام امتياز الأولاد (jus liberorum) الذى كان يمنح للحرة الأصيلة إن كان لها ثلاثة أولاد على الأقل ، وللمعتوقة إن كان لها أربعة ، ويقضى بتحرير الأمهات من الوصاية عليهن. وهو امتياز أنشىء فى عهد الأمبراطور أغسطس (Auguste) بمقتضى قوانين صدرت منه لمحاربة العزوبة ولتشجيع الزواج والتناسل (Lois caducaires). وكان يمنح فوق ذلك فى غير الأحوال المتقدمة ، أى يعطى منحة فردية لنساء لم يكن لهن العـدد المقرر من الأولاد بقرار من الأمبراطور . وفى زمن الامبراطور (Claude) صـدر قانون بالغاء الوصاية الشرعية التى كانت للأعصاب على النساء فلم تبق من الوصاية الشرعية إلا وصاية المعتق على معتوقته ووصاية الأب على بنته التى حررها من سلطته ثم منح الأمبراطور تيودوز هذا الامتياز لجميع نساء الامبراطورية فى أوائل القرن الخامس من الميلاد.

الفصل الثالث

فى القوامة على المجانين والسفهاء

١٦٥ — *الاشخاص الخاضعون للقوامة* : الخاضعون للقوامة هم المجنون والسفيه والقاصر الذى لم يبلغ خمساً وعشرين سنة. وترجع القوامة على المجنون والسفيه الى عهد قانون الألواح الاثنى عشر بخلاف الحالة الأخيرة وهى الخاصة بالقاصر فأنها أحدث عهداً.

§ ١ — القوامة على المجنون [1]

١٦٦ — *القوامة الشرعية على المجنون* : ترجع هذه القوامة الى عهد قانون الألواح الاثنى عشر وكانت قاصرة على المجنون جنوناً متقطعاً (furiosus) وهو من تنتابه نوبات جنونية مصحوبة بأفعال عنف تهدد الغير بالخطر. ويقرر قانون الألواح الاثنى عشر وضعه تحت قوامة الأقرب من الأعصاب (agnats) أو العشيرة (gentiles) عند عدمهم، ويكون للقيم السيطرة (potestas) على شخصه وماله . فهو الذى يدير أموال المجنون مباشرة بطريق الادارة(negotiorum gestio) ولا يستطيع أن يشرك المجنون فيها مع الاذن له (auctoritas) ، لانعدام التميز لدى المجنون في أثناء جنونه وحكمه في ذلك حكم الطفل تماماً . على أن للمجنون مباشرة كافة التصرفات الشرعية وحده في فترات افاقته (intervalles lucides) . وهذا دون حاجة إلى صدور حكم قضائى بزوال الجنون، كما هو الحال الآن حيث يعتبر المجنون فاقد الأهلية حتى صدور قرار برفع الحجر عنه .

---

(١) انظر بونفانت ، المرجع المتقدم ، الجزء الاول ، طبعة ١٩٢٥ ، ص ٤٧٣ - ٤٨٢ - واقرأ فى نظام القوامة على المجنون والسفيه Audibert, La folie et la prodigalité, Paris, 1892

١٦٧ — *التوسع فى أحكام قانون الالواح الاثنى عشر* : ويمكن تلخيص أهم التعديلات التى طرأت على نظام القوامة على المجنون فيما يأتى :

١ — ظهرت منذ نهاية الجمهورية صورة جديدة للقوامة بجانب القوامة الشرعية المقررة للأعصاب وأفراد العشيرة وهى القوامة القضائية (curatelle honoraire).

٢ — كذلك كان الحاكم القضائى يقر دائماً تعيين من اختاره رب الأسرة فى وصيته ليكون قيما على ولده المجنون الذى يصبح عند وفاته مستقلا بحقوقه .

٣ — كذلك أصبح البريتور يطبق نظام القوامة السابق على حالات الضعف العقلى أو العته التى أغفلها قانون الألواح الاثنى عشر فشمل نظام القوامة جميع المجانين والمعتوهين .

وفيما عدا ماتقدم يخضع القيم لنفس القواعد التى سبق ذكرها فى باب الوصاية من حيث القيود التى تحد من سلطته ومن حيث مسؤوليته عن ادارته مع فارق بسيط يتخلص فى أن مسئوليته مقررة لا بمقتضى دعوى الوصاية (actio tutelæ) وانما بمقتضى الدعوى الناشئة عن عمل الفضولى(١) بطريق التوسع (actio negotiorum gestorum) وإنما رفعت عليه بطريق التوسع لأن القيم يدير أموال المجنون وهو ملزم بذلك بحكم ولايته ، بخلاف الفضولى فانه يباشر عمل الغير من تلقاء نفسه ومن غير أن يكون مفوضاً من قبل رب المال . وتختلف هذه الدعوى عن دعوى الوصاية فى أنه يجوز رفعها قبل انتهاء القوامة بخلاف دعوى الوصاية فهى من دعاوى الحساب التى لا ترفع الا عند انتهاء الوصاية .

§ ٢ - القوامة على السفهاء

١٦٨ — *الحجر على السفيه طبقاً للقانون القديم* : تنص الألواح الاثنى عشر على أن نظام القوامة مقرر لمصلحة الأعصاب (agnats) على من حجر عليهم التصرف فى أموالهم . واليك صورة لقرار البريتور بالحجر على السفيه كما هى مبينة فى كتاب الأحكام (sentences) للشارح (Paul) :

---

(١) الفضولى هو الذى يباشر من نفسه عملا خاصا بغيره من دون ان يندبه ذلك الغير .

« حيث إنك تبذر بدون وعى أو تدبير فى الأموال التى ورثتها عن أبيك وجدك وتجر بذلك أولادك الى الفقر والعوز فانى أحجر عليك مباشرة أعمال التصرف (١) »

فالصيغة المتقدمة تبين لنا بوضوح أن الحجر على السفيه كان قاصرا فقط على من يبذر في الأموال العائلية التى آلت اليه بالميراث الشرعى عن أبيه أو جده ويكون له أولاد يصدر الحجر لمصلحتهم . فلا يشمل من يبذر فى أمواله الأخرى ومن لا أولاد له.

ويشمل الحجر كل الأعمال التى تعتبر من قبيل التصرف كالوصية والاشهاد الخ.

١٦٩ — **تعديل النظام السابق** : وقد طرأ على النظام السابق تعديلات جمة يمكن حصرها فيما يأتى :

١ — حمى البريتور بعض السفهاء الذين أغفلهم قانون الألواح الاثنى عشر وأخضعهم لنظام القوامة وهم الذين يملكون أموالا عن غير آبائهم أو أجدادهم كالعتقاء ومن لا أولاد لهم .

٢ — لم تبق أهلية السفيه معدومة كما في القديم بل شبه بالصبى (pubertati maximus) من حيث اعطائه أهلية القيام وحده بكل تصرف يزيد فى أمواله دون التصرفات التى تنقص منها .

٣ — بقى القيم طوال العصر العلمى يباشر ادارة أموال السفيه وحده . ثم سمح منذ العهد البيزنطى باشتراك السفيه معه فى التصرف بالاجازة (auctor tas). الا أن هذا الرأى غير متفق عليه اذ يرى بعض الشراح أنه لم يكن له سوى طريقة الادارة بنفسه (negotiorum gestio) لعدم وجود أى نص يفيد أن له طريقة الاجازة أيضا .

ويلاحظ أخيراً أن السفيه لا يعتبر ناقص الأهلية الا اذا صدر قرار بالحجر عليه ، وهذا الحجر لا يزول أيضا الا بقرار آخر . وهذا بخلاف المجنون فتصرفاته باطلة متى صدرت منه فى أثناء الجنون وتعود إليه أهليته كاملة بزوال حالة الجنون وكل هذا بدون حكم قضائى بالحجر أو برفعه.

---

(١) راجع De Visscher "Mélanges Cornil," I, pp 539 - 611; Etudes de droit romain, 1931, pp. 23 - 107 ; Collinet, L' origine du décret d'interdiction des prodigues (Mélanges Cornil, I, pp 149-154)

الفصل الرابع

فى القوامة على القاصر عن ٢٥ سنة [1]

كان القانون القديم يقضى باعتبار الصبى أهلا لجميع التصرفات بمجرد بلوغه الطبيعى . وكان من الممكن تبرير هذه القاعدة فى العصر القديم حيث كانت التصرفات القانونية نادرة من جهة وعلنية من جهة أخرى، فحضور الشهود فى عملية الاشهاد والقاضى فى الدعوى الصورية كفيل بمنع كل غش او تدليس يضار من ورائه القاصر . ولكن تبدلت الحال فى القرن السادس لروما فكثرت المعاملات وتحررت تدريجياً من تلك الأوضاع الشكلية التى كانت تكسبها صفة العلانية . لذا رؤى وجوب حماية القاصر من نتائج صغر سنه ونقص تجاربه . وقد بدأ ذلك بصدور قانون فى عهد الجمهورية اسمه (Plætoria) يقضى بالعقاب على جريمة غش القاصر الذى لم يبلغ ٢٥ سنة . ثم تدخل البريتور بعد ذلك لتكملة أحكام هذا القانون وتقويمها . وأخيراً تدخل المشرع فى عصر الامبراطورية فأخضع القصر دون الخمس والعشرين لنظام القوامة أسوة بالسفهاء .

وسندرس تباعاً قانون (Plætoria) ثم اصلاحات البريتور وأخيراً الاصلاحات الامبراطورية .

١٧٠ — **قانون بليتوريا:** (lex Plætoria) هو قانون قديم يرجع الى القرن السادس من انشاء روما، ومن المحقق صدوره قبل سنة ٥٦٢ أو ٥٦٣ لروما « حوالى سنة ١٩٢ أو سنة ١٩١ قبل الميلاد » اذ يشير اليه الشاعر والروائى المسرحى المشهور (Plaute) فى احدى رواياته المسماة (Rudens) وقد عاش هذا الشاعر من سنة ٢٥٤ الى ١٨٤ قبل الميلاد .

---

(١) انظر بونفانت ، المرجع المتقدم ، الجزء الاول ، طبعة ١٩٢٥ ص٤٩١ — ٥١٠ والمراجع المذكورة فيه ، ص ٤٩١ ، هامش ١ .

وقد اعتبر هذا القانون القاصر كامل الأهلية طبقاً لما كان متبعاً فى القديم، بمجرد بلوغه الطبيعي ولو كان دون الخامسة والعشرين، ولكنه نص على عقاب من يخدعه في معاملته ويستغل حداثته باعتبار مثل هذه الأفعال مكونة لجريمة خاصة هي جريمة الغش. وقد رتب لهذه الجريمة دعوى جنائية يحكم فيها بغرامة وجاز أن ترفع هذه الدعوى فى صورة دعوى تخل (noxaliter) إذا وقعت الجريمة من شخص تابع لغيره (١)

ومن المحقق أن العقوبة التى قررها هذا القانون كانت رادعة حتى أن المرابين كثيرا ما تظلموا من شدة أحكامه وشكوا عدم إمكانهم إقراض القصر عن ٢٥ سنة بعد صدوره.

١٧١ — ***اصلاحات البريتور*** : غير أن هذا القانون كان معيباً من وجهين فهو من جهة لا يحمى القاصر إلا إذا أصابه غبن بسبب غش أو خداع الطرف الآخر، ومن جهة أخرى فقد أضاع بسبب شدة أحكامه الثقة (crédit) فى معاملة القاصر، فامتنع الغير عن معاملته خشية الوقوع تحت طائلة العقاب. لذلك تدخل البريتور لملافاة عيوبه وتقويم أحكامه الصارمة الضارة بمصلحة القاصر. فقرر الوسائل الآتية.

(ا) الدفع بقانون بليتوريا (L'exceptio legis Plaetoriæ) — منح البريتور فى منشوره للقاصر دفعاً هو الدفع بقانون بليتوريا فى حالة وقوعه في الغش بسبب خداع الطرف الآخر. ويسمح له هذا الدفع بعدم تنفيذ العقد الصادر منه تحت تأثير الغش.

(ب) إعادة الشيء الى أصله (la restitutio ob aetatem) كذلك سمح له البريتور بطلب فسخ التصرف وإعادة الشيء الى أصله (restitutio in integrum)

(١) راجع فى هذا المعنى Duquesne, L'action de la loi Plætoria, Mélanges Cornil, I, 1926, pp 217-244: Ed, Cuq, Manuel, 1928, p, 227-228: Giffard, Précis, I, p. 295.
ويرى آخرون أن القانون المتقدم أنشأ دعويين ضد من غش القاصر، دعوى جنائية يحكم فيها بغرامة وببعض عقوبات تبعية، ودعوى تابعة للقانون الخاص يحكم فيها برد مثل أو ضعف ماقدمه القاصر تنفيذا للعقد الذى خدع فيه. راجع فى هذا المعنى بونفانت، المرجع المتقدم، الجزء الأول، ص٤٩٢ وهامش ٣- جيرار، طبعة ١٩٢٩، ص ٢٤٨.

اذا لحقه غبن (lésion) من التصرف ولو نشأ ذلك عن عدم خبرته وسوء تقديره دون وقوع غش من الطرف الآخر .

ولكن ليس معنى ذلك أن القاصر كان يعتبر بموجب هذا النظام ناقص الأهلية إذ يفسخ العقد بسبب الغبن ولا يبطل بسبب انعدام الأهلية .

(حـ) وأخيراً أنشأ البريتور نظاماً للقوامة على القاصر الذى لم يبلغ ٢٥سنة ، فجعل له الحق اذا آنس من نفسه عجزاً عن إدارة شؤونه في أن يطالب تعيين قيم عليه يعاونه في أعماله ويجيز عقوده ، حتى يطمئن الغير الى معاملته . وكانت هذه القوامة اختيارية لا تمنعه من أهليته الكاملة ولا من الاستقلال بأموره بعد ذلك إن شاء .

١٧٢ — **الاصلاحات الامبراطورية :**

(ا) **تعميم نظام القوامة فى القرن الثانى من الميلاد :** وقد عمم نظام القوامة فى القرن الثانى من الميلاد بمقتضى أمر امبراطورى (rescrit) أصدره الامبراطور (Marc-Aurèle) بمقتضاه يجوز للقاصر فى كل الأحوال أن يحصل على قيم يتولى عنه إدارة أمواله بصفة عامة . إلا أن هذه القوامة وقد صارت ذات صفة عامة أى شاملة لادارة أموال القاصر ومباشرة جميع التصرفات عنه ، مثل القوامة المقررة بالنسبة للسفيه والمجنون ، بقيت اختيارية أى معلقة على طلب القاصر ورضائه .

١٧٣ - (ب) **ذيوع هذا النظام فى نهاية العصر العلمى :** وقد شاع تعيين القوام فى القرن الثالث من الميلاد وخصوصا فى الجزء الشرقى من الامبراطورية وشملت هذه القوامة النساء بعد زوال نظام الوصاية عليهن .

نخلص مما تقدم بأن هناك أجزاء من الامبراطورية الرومانية كان يخضع فيها القصر دون الخمس والعشرين من الجنسين لنظام القوامة . ولكن لم يكن الحال كذلك في جميع الجهات بدليل أن الأمبراطور (Dioclétien) قد فرق في قانون أصدره سنة ٢٩٣ بين من كان من القصر خاضعاً لقيم ومن لم يكن كذلك . وهذا يدل على أن القوامة العامة لم تكن إجبارية فى جميع الجهات

حتى عصر هذا الأمبراطور . وفوق هذا فمن النصوص التى ترجع الى هذا العهد ما يوجب تعيين قيم على القاصر فى بعض أحوال خاصة كما فى حالة مقاضاة القاصر لغيره أو بناء على طلب الخصم الذى يريد مقاضاته.

١٧٤ - (م) نظام القوامة على القصر فى العصر البيزنطى وفى عهد جوستنيان:
وأخيراً فى عصر الأمبراطورية البيزنطية وتحت تأثير التقاليد اليونانية والمصرية أصبحت هذه القوامة إجبارية على كل قاصر لم يبلغ من العمر ٢٥ سنة فاعتبر من من لم يبلغ هذه السن ناقص الأهلية كالصبى تماما ، ويمكننا تلخيص أوجه الشبه بينهما فيما يأتى :

(١) من حيث عدم الأهلية — فبعد أن كان القاصر عن ٢٥ سنة كامل الأهلية صار ، كالمراهق وهو من قارب سن البلوغ الطبيعية، ناقص الأهلية بمعنى أن له القيام بالتصرفات النافعة فقط أى التى تزيد فى أمواله دون التصرفات الضارة التى تنقص منها .

(٢) من حيث طبيعة القوامة على القاصر — صارت القوامة على القاصر شبيهة بالوصاية المقررة على الصبى من حيث أنهـا دائمة وعامة واجبارية بمعنى أنها غير قاصرة على مباشرة تصرف معين تنتهى بانتهائه بل تشمل إدارة جميع أموال القاصر بصفة عامة وتستمر حتى بلوغ القاصر ٢٥ سنة .

(٣) من حيث وظائف القيم وسلطته — أصبح القيم مكلفاً بادارة أموال القاصر وشؤونه كما يدير الوصى مصالح الصبى وكان فى الأصل يتولى إدارة أموال القاصر مباشرة (negotiorum gestio) ثم سمح له فى عصر جوستنيان باشراك القاصر معه فى التصرف بطريق الأجازة (auctoritas) .

وتقضى كذلك النصوص الموجودة بالموسوعات بان تطبق على القيم القواعد العامة السابق الـكلام عليها فى باب الوصاية بخصوص سلطة الوصى وقيودها وواجباته ومسئوليته.

وبالاختصار فقد صار نظام القوامة على القاصر دون الخمس والعشرين سـنة شبيهاً كل الشبه بنظام الوصاية على الصبى غير البالغ بحيث يصعب التمييز بينهما بل يمكننا القول بأن القوامة امتداد لنظام الوصاية حتى سن الخمسة والعشرين .

فكأن القانون الرومانى فى العهد الأخير من الامبراطورية كان يعتبر القاصر ناقص الأهلية حتى بلوغه ٢٥ سنة . وهذه السن تزيد كثيراً عن سن البلوغ ولذلك قرر الامبراطور قسطنطين للقاصر عند بلوغه ٢٠ سنة إن كان ذكراً أو ١٨ سنة إن كان أنثى أن يطلب رفع القوامة عنه وإزالة نقص أهليته بشرط أن يثبت حسن تدبيره لشؤونه وقدرته على إدارة أمواله . وإذا صدر قرار القاضى باجابة طلبه اكتسب الأهلية الفعلية مع بعض قيود أهمها تحريم الهبة عليه وبيع أمواله الثابتة فليس له مباشرة هذه التصرفات بمفرده. ويقال لهذا الامتياز (venia aetatis) أى الاعفاء من السن القانونية، وهو يشبه النظام المعروف فى القانون الفرنسى باسم التحرير (émancipation) وحالة القاصر المحرر وسط بين حالة الأهلية الكاملة المشروطة ببلوغ السن القانونية وحالة عدم الأهلية . وقد تقرر هذا النظام لتهيئة القاصر تدريجياً للاستقلال بشؤونه وتدريبه على إدارة أمواله .

الباب الخامس

فى زوال الشخصية القانونية أو الموت المدنى

١٧٥ — *تمهيد* : سبق أن بينا أن الشخصية القانونية تبدأ كقاعدة عامة بالولادة وتنتهى بالوفاة. إلا أن لهذه القاعدة استثناءات، فقد تخلق هذه الشخصية قبل الولادة بالنسبة للجنين ، فيعتبر الحمل من باب الافتراض كالمولود متى اقتضت مصلحته ذلك. وقد تستمر بعد الوفاة ، فالتركة الشاغرة (hérédité jacente) إلى أن تقبلها الورثة ، تعتبر على ذمة المتوفي كما لو كان حياً ، حتى لا تبقى من غير مالك .

ولكن قد تطرأ بعض حالات تحرم الشخص من بعض الحقوق العادية وقد تطرأ بعض حالات أخرى تؤدى إلى زوال شخصيته قبل الوفاة وهو ما يسمى بالموت المدنى .

١٧٦ — *حالات تغيير الاهلية* : قد يحرم الشخص في بعض أحوال وفي أثناء حياته من بعض الحقوق العادية دون أن يترتب على حرمانه منها فقد أهليته أو شخصيته القانونية . ويمكن حصر هذه الاحوال فى ثلاث :

الأولى — عدم الجدارة للشهادة (intestabilité): وهى حالة الشخص الذى فقد أهليته لأن يكون شاهداً أو أن يلجأ إلى شهود. فلا يمكنه مباشرة أى عقد يستلزم لاتمامه شهوداً كالبيع بطريق الاشهاد أو الاستدانة بعقد القرض القديم (nexum) أو الوصية بالاشهاد .

وقد نص قانون الألواح الاثنى عشر على تقرير هذا الجزاء لمن كان شاهدا أو حامل ميزان في عقد من هذه العقود ثم نكل عن أداء الشهادة عنه فى الدعوى . وتقرر هذا الجزاء أيضاً بقانون لاحق لكل من قذف فى حق غيره بالكتابة (carmen famosum).

الثانية — الوصمة (infamie): وهى حالة تلحق الشخص كنتيجة للحكم عليه فى بعض الدعاوى المسماة (actions infamantes) ، كدعوى الاعتداء على

الشخص ، ودعوى الغش ، ودعوى الشركة ، ودعوى الوكالة ، ودعوى الوصاية .

وهى تؤدى إلى حرمان الشخص من التقاضى ومن حق الترشيح لمناصب الحكم ومن الحقوق الانتخابية .

الثالثة — ضياع السمعة (la turpitudo) : وهى حالة أخلاقية لا قانونية تجعل الشخص فاقد الكرامة بين مواطنيه ولا يترتب عليها حرمانه من حق وانما قد تكون سببا لعدم سماع شهادته أو لعدم جعله وصياً .

١٧٧ — **الموت المدنى** [١] (Ls capitis deminutio): ويعرفه (Gaius) بأنه « تغيير لحالة الشخص » (permutatio status) وسندرس أولا حالات الموت المدنى ثم آثاره .

§ ١ — حالات الموت المدنى

١٧٨ — **الحالات الثلاث للموت المدنى** : حالات الموت المدنى ثلاث :

١ — حالة فقد الحرية ، ٢ — حالة فقد الرعوية أو الوطنية ، ٣ — حالة فقد الصفة العائلية .

هذه الحالات الثلاث تقابل درجات الموت المدنى الثلاث ، الدرجة القصوى (capitis deminutio maxima) فى الحالة الأولى أى فى حالة فقد الحرية والدرجة الوسطى (capitis deminutio media) فى الحالة الثانية أى فى حالة فقد الرعوية أو الوطنية ؛ والدرجة الصغرى (capitis deminutio minima) فى الحالة الثالثة أى فى حالة تغيير الصفة العائلية .

١٧٩ — **الموت المدنى فى درجته القصوى** (capitis deminutio maxima) : فى هذه الحالة يفقد الانسان حريته وبالتالى وطنيته وصفته العائلية ، ويحدث ذلك مثلا بتوافر سبب من أسباب الرق ، ما عدا الأسر لأن الأسير اذا عاد الى بلده اعتبرت

---

(١) راجع فى الموت المدنى Desserteaux (F), Etudes sur la formation historique de la capitis deminutio, t. I, 1909, fasc. 1, 1919 ; fasc. 2, 1926; t11. 1928

شخصيته كأنها لم تزل تبعاً لنظرية ما وراء الحدود (Jus postliminii) (١) واذا لم يعد حتى مات فى الأسير اعتبر أنه مات طبيعيا من يوم أسره. فالاسر لايعتبر سببا للموت المدنى، الا اذا عادالاسير فىالاحوالالتى لا تسرىفيهانظرية «ماوراء الحدود» كعودة الذىكان قدسلم نفسه جبنا الخ

١٨٠ — **الموت المدنى فى درجته الوسطى** (capitis deminutio media) يكون هذا بفقد الوطنية مع استبقاء الحرية مثلا باكتساب الرومانى جنسية أجنبية أو بالحكم عليه بالنفى.

١٨١ — **الموت المدنى فى درجته الصغرى** (capitis deminutio minima) يكون بتغيير الصفة العائلية كما هى الحال بالنسبة للأشخاص الآتيين : —

١ — المتبنى فى النوعين من التبنى (adoptéو adrogé) وأولادهما.

٢ — المرأة عند زواجها مع السيادة (cum manu) سواء كانت تابعة لغيرها أو مستقلة بحقوقها .

٣ — الأبناء الذين تحرروا (émancipés) من سلطة آبائهم أومن سلطة مشتريهم (mancipium) .

فتنقضى الشخصية القانونية القديمة بتغيير الشخص لعائلته . ولكن يجب أن يلاحظ بأن الشخص قد تتغير أهليته دون أن يفقد شخصيته القانونية ، كما اذا صار الابن مستقلا بحقوقه بوفاة أبيه أو بصيرورته كاهناً فى معبد إله الآلهة (flamine de jupiter) أوبصيرورة البنت كاهنة فى معبد إله النار (vestale) ذلك أن أهليتهم قد تغيرت دون الانتقال الى عائلة أخرى ، فيحتفظون بصلتهم مع أعصابهم (agnats) وأفراد عشيرتهم (gentiles) .

١٨٢ — **تعريف الموت المدنى** : يمكننا مما تقدم تعريف الموت المدنى بأنه عبارة عن زوال الشخصية ، بسبب فقد الشخص حريته أو وطنيته أو بسبب تغيير عائلته .

---

(١) Bonfante, Corso, I, pp 123-131.

§ ٢ ـ آثار الموت المدنى

تختلف آثار الموت المدنى باختلاف درجته. إذ الشخص فى حالة الدرجة القصوى يصير عبداً ، ويشبه بالأشياء ، ويحرم من جميع الحقوق . وفى الحالة الوسطى يفقد وطنيته فيصير أجنبياً أو لاتينياً . وفي الحالة الصغرى يصير إما مستقلا بحقوقه أو تابعاً لغيره ولكن فى عائلة أخرى .

على أن لكل الحالات الثلاث المتقدمة آثارا متشابهة بعضها يرجع إلى الاشخاص والبعض الآخر يرجع إلى الأموال .

١٨٣ ـ ١ ـ **آثار الموت المدنى بالنسبة للأشخاص** : من فقد شخصيته القانونية انقطعت كل روابطه العائلية وزالت معها الحقوق المترتبة عليها. فاذا كان رب أسرة فقد سلطته الأبوية ، وإذا كان وصياً شرعياً انقضت وصايته ، ويترتب على ذلك ايضا فقد حقوقه في الأرث باعتباره عصبا (agnat) .

وتزول كذلك حقوق الولاء التى للمعتق قبل معتوقه .

ولكن لا يؤثر الموت المدنى على العلاقات القانونية المبنية على القرابة الطبيعية ، فتبقى أسباب تحريم الزواج بين المحارم ، وتبقى حقوق الوصاية والارث المبنية على القرابة الطبيعية بعد أن أحلت محل القرابة المدنية فى القانون الحديث .

١٨٤ ـ ٢ ـ **آثاره بالنسبة للمال** : للموت المدنى بالنسبة للأموال أثران ، أثر مسقط لبعض الحقوق وأثر ناقل للحقوق الأخرى .

(ا) أثره المسقط (effet extinctif) : يترتب على فقد الشخص أهليته القانونية سقوط بعض حقوقه وهى حق الانتفاع ، وحق الاستعمال ، والحقوق الناشئة عن الشركة ، والحقوق المقررة له باعتباره دائناً ثانوياً ، وحقه فى الايصاء .

وكذلك تنقضى الديون التعاقدية التى كانت مقررة فى ذمته فمثلا يبرأ المتبنى (adrogé) والمرأة التى تتزوج مع السيادة من ديونهما لفقدهما الشخصية القانونية بالتبنى أو الزواج .

ولكن لا تنطبق القاعدة المذكورة بالنسبة لديونه الناشئة عن الجرائم، إذ ينشأ عنها حق المجنى عليه فى الانتقام من شخص الجانى.

(ب) أثره الناقل (effet translatif) : أما حقوقه الأخرى التى لم تسقط فتؤول عادة إلى من كان سبب الموت المدنى كدائن المدين الذى لم يف بدينه، والحكومة التى حرمت وطنياً من جنسيته جزاء له، والزوج بالسيادة، والمتبنى، (adrogeant)، والميت المدنى نفسه إذا كان قد اكتسب باختياره جنسية أجنبية. فيرث الاشخاص المذكورون مال الشخص الذى فقد شخصيته دون الالتزام بديونه التعاقدية.

١٨٥ — *كيف استبعدت احكام الموت المدنى تدريجيا* : غير أن هذه الأحكام كانت تتنافى مع أبسط مبادىء العدالة والقانون الطبيعى، إذ كانت تسمح للشخص المستقل بحقوقه أن يتخلص من ديونه بوضع نفسه تحت سلطة غيره بطريق التبنى (adrogation) فيكتسب هذا الغير (adrogeant) ما يكون للمتبنى من الاموال دون أن يلزم بدفع الديون التى تسقط بزوال شخصية المتبنى (adrogé)

على أن ذلك كان نادر الحصول فى القانون القديم، حيث كان التبنى يتم بقانون يصدر من مجالس الشعب (comices) ويؤخذ فيه رأى الكهنة (pontifes) فكان للدائنين فى حالة محاولة مدينهم التهرب من ديونه بالطريقة المذكورة أن يلجأوا إلى الكهنة وإلى مجالس الشعب للتظلم من عمل المدين.

ولكن منذ أن بطل اجتماع مجالس الشعب وزال اشراف الشعب والكهنة على التبنى تدخل البريتور وطبق قاعدة « أن لا تركة إلا بعد سداد الديون » « Non sunt bona, nisi deducto aere elieno » ولكن مع تمييز بين حالات الموت المدنى :

١ — فأعطى للدائنين فى حالة الموت المدنى من الدرجة الصغرى طلب اعادة الشىء إلى أصله (restitutio in integrum)، بمعنى أن لهم التنفيذ على أموال مدينهم، كما لو لم يفقد شخصيته القانونية أصلا. فتبقى لهم الدعاوى التى كانت لهم قبل مدينهم ويجب على المتبنى (adrogeant) أن يحضر فيها وإلا أمر البريتور بوضع أموال المدين المتبنى تحت يد الدائنين للتنفيذ عليها سداداً لديونهم.

٢ — أما فى حالتى الموت المدنى من الدرجة القصوى والوسطى، فلا يعاد الشىء إلى أصله، وانما يعطى البريتور للدائنين دعوى بريتورية على من انتقلت اليه أموال الميت المدنى بأداء ديونه . غير أن هذه الدعوى كانت غير ممكنة قبل الدولة، ولكن اعتادت الدولة دفع ديون المحكوم عليهم بالمصادرة لغاية استنفاذ أموالهم .

نستخلص مما تقدم أنه كان من أثر تدخل البريتور وحسن نية الحكومة أن أجبر من آلت اليه أموال المدين، الذى فقد شخصيته القانونية، على دفع ديونه من امواله (intra vires).

١٨٦ — *حصر احوال الموت المدنى ونتائجه فى القانون الامبراطورى* :
صارت حالات الموت المدنى محصورة للغاية فى عصر الأمبراطور جوستنيان . ولكن يمكن تصوره فى هذا العصر أيضا فى حالة فقد الشخص حريته نتيجة الحكم عليه ببعض العقوبات . أما الموت المدنى بدرجته الصغرى، فقد صار محدود الأثر بزوال القرابة المدنيـة وإحلال القرابة الطبيعية محلها . ويمكن حصر آثار الموت المدنى بدرجته الصغرى فى أثرين :

١ - الأول منهما يتعلق بالأموال ويؤدى الى إسقاط الحقوق الناشئة عن الوكالة.

٢ - والثانى يتعلق بالاشخاص ويؤدى إلى قطع الروابط القـانونية القائمة بين المعتق ومعتوقه فيفقد المعتق، إذا ضاعت شخصيته. حقوق الولاء التى كانت له وبالأخص حقه فى الخدمات (operae).

وهكذا صارت نتائج الموت المدنى معدومة تقريبا فى القانون الأمبراطورى بعد أن كانت مطاقة فى القانون القديم (١).

---

(١) راجع بيانا موجزا فى ماهية الموت المدنى وفى تاريخه فى جيفار، موجز القانون الرومانى طبعة ١٩٣٤، الجزء الاول، ص ٣٠٩ - ٣١١

الباب السادس

فى الاشخاص المعنوية والقانونية (١)

١٨٧ — لنظرية الاشخاص القانونية أهمية عظمى فى النظم القانونية الحديثة فتوجد بجانب الأشخاص الطبيعية جماعات من الأشخاص تسمى تارة بالاشخاص القانونية أو المعنويةوتارة أخرى بالاشخاص الاعتبارية . ويتعلق بعضها بالقانون العام كالدولةوأقسامها الادارية ،مثل المدن والمجالس المحلية والقرى. ويخضع البعض الآخر للقانون الخاص كالنقابات والشركات التجارية الخ. وجميعا تتميز شخصيتها عن شخصية كل عضو من أعضائها .

وقد كانت الفكرة المتقدمة وهى فكرة تميز الجماعة (universitas) عن شخصية كل عضو من أعضائها (singuli) معروفة لدى الرومان بدليل قول أحد شراحهم (Ulpien) الوارد فى الموسوعات (Dig 3,4,7,1) « اذا كان هناك أمر واجب الأداء الى جماعة من الجماعات فان الاشخاص المكونين لهذه الجماعة لايعتبرون دائنين بصفتهم الشخصية وكذلك لا يعتبرون مدينين شخصياً بما يجب على الجماعة المذكورة أداؤه » هذا النص يميز بوضوح بين شخصية الجماعةوشخصية أعضائها .

١٨٨ - **الجماعات التابعة للقانون العام** : لقد اعترف الرومان فى أول الامر بالشخصية القانونية للدولة، ثم لبعض المدن وهى الخاضعة لروما أو المتمتعة بحق

---

(١) رجع للتوسع Salcilles, De la personnalité juridique, 1910, pp 45 - 160 ; Coli, Collegie e sodalitates, 1914 ; Cost,a Storia de! diritto romano privato, 1925, pp 573 - 582; Cuq (Ed), Manuel, 1928 pp 114 - 120 ; Micolier, Pécule et capacité patrimoniale, 1932, pp 97, 120 ; G. Le Bras, les Fondations privées du Haut - Empire (Studi Riccobono, III, 1933) .

الرعوية الرومانية مع احتفاظها بقوانينها ،ثم للقرى ،وأخيراً لبعض الطوائف المرتبطة بالادارة ، كجماعة الملتزمين بجمع الضرائب أو باستغلال المناجم ، وفي عصر الامبراطورية البيزنطية اعترف بهذه الشخصية لبعض المنشآت الدينية والخيرية، كالكنائس والمعابد والمستشفيات وملاجىء الأيتام .

١٨٩ — **الجماعات الاهلية:** كانت حرية انشاء الجمعيات مطلقة فى قانون الألواح الاثنى عشر ثم قيدت فى العصر الأخير من الجمهورية وأصدر الامبراطور أغسطس قانوناً يعلق إنشاء هذه الجمعيات، ما عدا الدينية منها ، على أخذ تصريح من مجلس الشيوخ ومن الامبراطور، ويكون من أثر صدور هذا الترخيص اكتسابها الشخصية القانونية .

١٩٠ — **اهلية الاشخاص المعنوية :** لهذه الأشخاص أهليــــة قانونية أى لها اكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات، ولكن أهليتها مقيدة . فلها اكتساب الاموال وحيازتها بكافة أنواع التصرفات النافذة حال الحياة (entre vifs) كذلك اعترف الاباطرة للمدن والجمعيــات الأهلية (collegia) بحق قبول الوصايا .

إنما ليس لها بطبيعة الحال شيء من الحقوق العامة ، أو حقوق العائلة كالحرية أو الانتخاب أو السلطة الأبوية أو الزواج ، وما يتبعها من الحقوق العائلية ، سوى حق تلقى الميراث بالوصية وحق الولاء على معتوقيها . وكذلك الحال بالنسبة للجرائم، فانه يشترط أن يكون مرتكبها من الأشخاص الحقيقيين كى يمكن توقيع العقاب .

وتختلف الأشخاص المعنوية عن الأشخاص الطبيعية من جهة أخرى في أن ليست لها الأهلية الفعلية، فهى بطبيعتها فى حاجة إلى أشخاص حقيقيين يتولون شؤونها واستعمال حقوقها وأداء واجبـاتها ، وهم حكام الدولة وموظفو المدينـة أو القرية ، ومديرو الجمعيات والأوقاف . ويكون تعيينهم وبيان اختصاصهم طبقا لدستور كل شخص معنوى (status) .

١٩١ — **الاوقاف أو مجموعات الاشياء :** (fondations) وهى عبـارة عن مجموعات من المبالغ أو الأموال خصصت لأغراض معينة خيرية أو دينية أو علمية

وقد اعترف لها القانون الامبراطورى بشخصية قانونية مستقلة .وكان ذلك فى بادىء الأمر بالنسبة للمنشآت الدينية وبالأخص للهبات الصادرة إلى الكنائس والمعابد، ثم اعترف بالشخصية القانونيـــة للأموال المخصصة لأغراض خيرية ، كالهبات الصادرة إلى الملاجىء المعدة للفقراء والعجزة والمرضى والايتام .



الكتاب الثانى

فى

الأموال

الأشياء . الملكية ووضع اليد على الأشياء المادية .
صور الملكية المختلفة . أسباب اكتساب
الملكية . دعوى الاسترداد ودعوى الملكية
البريتورية . حقوق الارتفاق .

مقدمة

فى الأشياء والثروة أو الذمة

§ ١ — فى تعريف الأشياء وأقسامها

١٩١ — *تعريف الشىء والمال* : الشىء (res, chose) هو كل ما هو موجود فى الكون ، سواء كان من الأشياء الجامدة أو الأشياء الحية ، على أن تكون له فائدة للانسان . والمال (bien) ، ويطلق عليه فى القانون الرومانى لفظ (res) أيضا ، فى اصطلاح القانون هو كل شىء نافع للانسان يصح أن يستأثر به شخص دون غيره ، وبعبارة أخرى يملكه . وليس كل شىء مالا ، لكن كل مال شىء ، فالشىء جنس والمال نوع منه . فكل ماهو كائن فى الوجود شىء كذا الشمس والقمر والهواء والبحار والانهار والنبات والانسان والجماد . وكلها نافعة للانسان، لكنها لا تعد مالا ، إذ المرء لا يستأثر الا بالقليل منها وهذا هو المال .

ويقسم القانون الرومانى الأشياء الى قسمين :

(١) أشياء داخلة في دائرة التعامل (res in commercio)

(٢) أشياء خارجة عن دائرة التعامل (res extra commercium)

١٩٢ — أولا : *الاشياء الخارجة عن دائرة التعامل* (res extra commercium) : هى الأشياء التى لايمكن أن تكون موضوع تصرف قانونى وبالتالى لايمكن امتلاكها أو أن تكون محل ملكية فردية . وهذه الأشياء يمكن تقسيمها تقسيما ثانويا الى

١ — أشياء خارجة عن دائرة المعاملات لتعلق حق الآلهة بها (res divini juris)

٢ — أشياء خارجة عن دائرة المعاملات لتعلق حق العباد بها (res humani juris)

فالأولى هى : (ا) الأشياء المقدسة (res sacrae) وهى المخصصة لعبادة الآلهة العليا (dii superi) مثل الهياكل والمعابد وأدوات العبادة .

(ب) والأشياء الدينية (res religiosae) وهى المخصصة للالهة الدنيا (dii inferi) وهم آلهة المنزل من الأجداد والأسلاف ومثلها المقابر . فالأرض التى يوجد بها القبر تصبح دينية وتخضع بذلك لقواعد خاصة ، فلا يمكن الاعتداء عليها ولكل فرد رفع دعوى انتهاك حرمة القبور على من يتعدى عليها .

(ج) ويضاف إلى هذين النوعين الأشياء المحروسة أو المحمية (res sanctae) وهى ، وإن لم تكن مخصصة للالهة ، كان لها صبغة دينية . مثل أسوار المدينة وأبوابها وحدود الحقول فى العهد الوثنى .

والثانية تنقسم إلى ثلاثة أقسام :

(ا) الأشياء الشائعة (res communes) وهى الأشياء غير المحوزة المباحة بطبيعتها للكافة ، ولذلك لا يمكن أن تكون محل ملكية فردية مثل الهواء والضوء وحرارة الجو والبحار وشواطئها .

(ب) الأشياء العامة (res publicae) وهى المملوكة للشعب الذى تمثله الدولة . ولذلك كان لكل فرد حق الانتفاع بها مثل الأنهار وشواطئها والطرق العامة والعبيد العموميين ويحرم على أى فرد امتلاكها لأنها خصصت للمنفعة العامة .

(ج) الأشياء المملوكة للجماعات أو الأشخاص المعنوية (res universitatis) مثل الاموال المملوكة للمدن فلكل مدينة أموال عامة مثل المسارح والملاعب والحمامات والميادين العامة .

١٩٣ — ثانيا : **الأشياء الداخلة فى المعاملات** : (res in commercio) وهى الاشياء التى يمكن أن يملكها الافراد وتقدر قيمتها مالياً وهى الاموال بالمعنى الصحيح .

وقد قسم الرومان هذه الاموال إلى تقسيمات عدة نقلناها عنهم أهمها :

١٩٤ — التقسيم الأول : **تقسيم الأموال الى منقولة** (meubles) **وثابتة أو عقار** (immeubles) : فالمنقولة هى الاموال التى يمكن نقلها بدون تلف أو

ضرر كالدواب والرقيق . والأموال الثابتـة أو العقار هى الأرض وملحقاتها من الأشجار والمبانى القائمة عليها .

وتظهر فائدة هذا التقسيم فى مواضع شتى أهمها :

(١) فى الوصاية : فلا يجوز للوصى كقاعدة عامة أن يتصرف فى العقار [١] .

(٢) في وضع اليد المكسب للملكية : إذ تختلف المدة المقررة لاكتساب الملكية بالتقادم بحسب ما إذا كان المال منقولا أو عقاراً ، فهى فى الألواح الاثنى عشر سنة للمنقول وسنتان للعقار . وقد عدل جستنيان المدة المذكورة فجعلها ثلاث سنوات فى المنقول وعشر سنين أو عشرين سنة فى العقار بحسب الاحوال كما سيأتى بيانه عند الكلام على التقادم .

(٣) فيما يتعلق بطرق حماية وضع اليد : إذ تختلف الاجراءات ونوع الحماية باختلاف نوع المال .

(٤) فى حقوق الارتفاق : فحقوق الارتفاق العينيـة مقصورة على الاموال الثابتة أو العقار .

١٩٥ — التقسيم الثـانى : أموال نفيسة (res mancipi) وغير نفيسة (res nec mancipi) : فالأموال النفيسة هى ، كما يعرفها (Gaius) ، التى تنتقل الملكية فيها بالاشهاد (mancipatio) وتشمل الأراضى الايطاليـة وحقوق الارتفاق الزراعية المقررة عليها والمنازل والرقيق ودواب الحمل والجر . وما عدا هذا من الأموال فهو غير نفيس .

نلاحظ من هذا التعداد للأشياء النفيسة أنها مقصورة على الأراضى الزراعية والاشياء اللازمة لاستغلالها . وهذا يرجع إلى أن روما فى عهدها الاول كانت بلداً زراعياً بحتا ،فالقانون القديم لم يدخل فى الاموال النفيسة إلا ما كان منها لازماً أو مفيداً لزراعة واستغلال الاراضى الرومانية [٢] .

---

(١) راجع ماسبق نبذة ١٥٠ ص ٩٢ و ٩٣

(٢) انظر حكمة هذا التفريق بين الاشياء فى جيرار ، الطبعة الثامنة ، سنة ١٩٢٩ ، ص ٢٧٢ . ومونييه ، طبعة ١٩٣٥ ، ج ١ ص ٤١٨ .

أما الاموال غير النفيسة فتشمل الاراضى الخارجة عن ايطاليا ، أى الاراضى الاقليمية ، وحقوق الارتفاق المقررة عليها ، وتشمل أيضاً المنقولات بوجـه عام كالغلال والنقود والحيوانات الاخرى غيرحيوانات الجر والحمل كالاغنام والمعيز ، وتشمل أيضاً بعض حيوانات تستخدم في الحمل والجر ولـكنها كانت مجهولة فى العهد القديم من الرومان كالابل والفيلة ، والسبب فى اعتبارها من الاموال غير النفيسة أن نشوء هذا التقسيم كان سابقاً على تاريخ استخدام الرومان للحيوانات المذكورة .

وتظهر فائدة هذا التقسيم في طرق نقل الملكية الاختيارية . فالأموال النفيسة لا يمكن تملكها إلا بأحد طريقين ، الاشهاد (mancipatio) والدعوى الصورية (in jure cessio) . أما الأموال الأخرى فكان يكفى الاتفاق مضافاً إليه التسليم (traditio) لنقل ملكيتها .

كذلك كان للمرأة البالغة حق التصرف فى أموالها غير النفيسة بمفردها ولـكن لم يكن لها ذلك فى أموالها النفيسة إلا باجازة وصيها (١) .

وقد بقى هذا التقسيم حتى جوستنيان . إلا أنه فقد كثيراً من أهميته تدريجياً كنتيجة لامتداد فتوح روما واتساع تجارتها مع ولاياتهـا المختلفة ، مما أدى إلى ظهور صور جديدة للثروة تتجه نحو الثروة المنقولة ، الأمر الذى حمل ذلك الامبراطور على إلغاء التفرقة السابقة بين الأموال النفيسة وغير النفيسة .

١٩٦ ـ التقسيم الثالث : **أموال مادية** (res corporales) **وأموال معنوية** (res incorporales) : فالمادية هى التى لها وجود مجسم (corpus) يقع تحت الحس . والمعنوية هى التى ليس لها كيان مادى ولا وجود لها إلا فى الذهن ، وهى تشمل كل الحقوق ما عدا حق الملكية ، فانه يلحق بالأشياء المادية . ذلك أن الرومان خلطوا بين حق الملكية ذاته ، وهو شىء معنوى ، ومحل الحق ، وهو شىء مادى . وقد أيدهم العرف فى ذلك ، إذ جرى الناس على القول بأن لفلان مثلا المنزل المذكور بدلا من القول بأن لفلان حق الملكية على المنزل المذكور .

وتظهر أهمية هذا التقسيم فى وضع اليد وفى طرق اكتساب الملكية المبنية على

---

(١) راجع ماسبق نبذة ١٦٣ ص ١٠٠ .

وضع اليد كالتقادم والتسليم . فالأشياء المادية وحدها (وبالأخص حق الملكية) هى التى يمكن وضع اليد عليها وبالتالى اكتسابها بمضى المدة (usucapio) أو التسليم (traditio) دون الحقوق الأخرى . وسنرى عند دراستنا لحقوق الارتفاق كيف رأى فقهاء الرومان في العصر الحديث إمكان وضع اليد على حق الارتفاق أسوة بحق الملكية ، فأجازوا بذلك اكتساب حقوق الارتفاق بمضى المدة وبالتسليم بشروط خاصة سنراها فيما بعد . ويقال لوضع اليد في هذه الحالة شبه وضع اليد (quasi-possessio) وللتسليم شبه التسليم (quasi-traditio)

١٩٧ — التقسيم الرابع : **الاموال المثلية** (res in genere) **والاموال العينية أو القيمية** (res in specie) : هذا التقسيم على العكس من سابقه تقسيم قانونى بحت لا يستند إلى أى اعتبار اقتصادى بل يرجع إلى طبيعة الأشياء ذاتها وإلى غرض المتعاقدين . فالأشياء المثلية هى التى يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء وتعرف بنوعها . بخلاف العينية فهى تعرف بذاتها وبصفاتها الخاصة مثل العبد الفلانى وهذا الحصان .

وهذا التقسيم نسبي محض لأنه فى بعض الأحوال قد ينظر إلى المثلى كشىء عينى أو ذاتى . مثل ما إذا أعرت صرافاً قطعة نقود أثرية لعرضها في واجهة محله فيعتبر هذا العقد عارية استعمال (commodat) لا عقد قرض لاعتبار المتعاقدين محل العقد (قطعة النقود) شيئاً عينياً لا مثلياً بالرغم من أن النقود من الأشياء التى يمكن استبدالها بغيرها . ويصح أن يكون الشىء القيمى مثلياً إذا شاءت نية المتعاقدين ذلك كبيع عدد من الرقيق أو الخيل .

وفائدة هذا التقسيم تظهر فى أن الدائن يتحمل هلاك الشىء القيمى بحادثة قهرية قبل تسليمه ويبرأ المدين من دينه . بخلاف التعاقد على شىء مثلى فانه إذا هلك عند المدين قبل تسليمه وجب عليه تقديم مثله للدائن ولو كان هلاكه بحادثة قهرية وذلك لأن « المثليات لا تهلك »[1] بمعنى أنها يحل بعضها فى مكان بعض .

ويقابل تقسيم الأموال إلى مثلية وقيمية تقسيمها إلى أموال تقدر بالعدد أو الوزن أو المقاس سواء أكان بحسب طبيعتها أم طبقاً للعرف التجارى كالنقود والغلال

(١) « genera non pereunt »

والنبيذ والأقمشة ، وإلى أموال ذاتية أو معينة (corps certains) وهى ما تقدر قيمتها بصفاتها الخاصة بها كالصورة والمنزل والرقيق. وتظهر فائدة هذا التقسيم فى عقد عارية الاستهلاك ، فالأولى فقط هى التى يصح أن تكون محلا لعارية الاستهلاك لأنه يجب فيها رد المثل فى النوع والمقدار .

ويتبع التقسيم المتقدم تقسيم آخر إلى أموال تستهلك بمجرد استعمالها لأول مرة كالنبيذ والزيت وهى فى الغالب أشياء مثلية ، وإلى أموال قابلة للاستعمال المتكرر كالمنزل والرقيق وهى فى الغالب من القيميات . وأهمية هذا التقسيم تظهر فى حق الانتفاع فهو مقصور على مالا يستهلك بمجرد استعماله .

١٩٨ — التقسيم الخامس : *تقسيم ما ينتج من الشيء الاصلى الى ثمار* (fruits) *وحاصلات* (produits) : فالثمار هى ماينتج من الشيء الأصلى وله صفة الدورية (périodicité) مثال ذلك المحصولات الزراعية ونتاج الدواب وهذه هى الثمار الطبيعية . ويلحق بها الثمار المدنية (fruits civils) مثل فوائد المبالغ المقررة وايجار المنازل والاراضى . فهذه لها صفة الدورية ولكنها ليست ناتجة من طبيعة الشيء الاصلى أما الحاصلات فتختلف عن الثمار فى أن ليس لها صفة الدورية مثل نتاج الرقيقة ولذلك تعتبر جزءا من الشيء الاصلى وتكون لمالك الرقبة بطريق التبعية بعكس الثمار فهى من حق المنتفع بالشيء الاصلى سواء أكان هو المالك أم المنتفع أم المستأجر أم واضع اليد بحسن نية (possesseur de bonne foi)

§ ٢ — الثروة patrimonium, patrimoine

١٩٩ — *الثروة أو الذمة* : الثروة هى مجموع الحقوق والواجبات التى لها قيمة مالية لكل شخص . فمجموع الاموال المادية أو المعنوية التى يختص بها الشخص سواء أكانت حقوقا (droits) أم تكاليف (charges) يقال لها الثروة أو الذمة . (patrimoine)

وتتكون الثروة أو الذمة من جانب ايجابى (l'actif) وهى الحقوق (droits) وجانب سلبي (le passif) وهى التكاليف أو الديون (dettes) .

ولا تشمل الثروة ما ليست له قيمة مالية ، كحقوق العائلة والحقوق العامة. ولكن

الدعاوى التى تنشأ عن هذه الحقوق قبل من يتعدى عليها لها قيمة مالية ولذلك تحتسب عندئذ من مجموع ثروة الشخص .

ولكل شخص ، فى القوانين العصرية ، ذمة أو ثروة ولو كان لا يملك شيئاً أو كان لا يملك شيئاً وعليه ديون ، فهى بمثابة قابليته لتحمل الحقوق المالية ولأدائها.

وتظهر أهمية فرض ثروة لكل انسان فى ربط القانون أموال الشخص بديونه باعتبار أمواله ضامنة لديونه ، وبمقتضى ما للدائنين من حق الضمان المذكور على أموال مدينهم ، يكون لهم الحق فى الحجز عليها وبيعها . وكل الدائنين سواء فى هذا الحق المشترك بينهم ، الا اذا أخذوا ضماناً خاصاً ، فتكون الأولوية لمن أخذ الضمان الخاص

واذا زاد الجانب الايجابى على السلبى كان صاحب الذمة موسراً (solvable) أى قادراً على الوفاء بالتزاماته . واذا زاد الجانب السلبى على الايجابى يقال عن صاحب الثروة أو الذمة إنه معسر (insolvable) أى عاجز عن سداد ديونه .

على أنه يلاحظ بأن فكرة الثروة بالمعنى المتقدم لم يعرفها الرومان فى القانون القديم ، بل كان الاصطلاح (patrimonium) مقصوراً على الأموال المادية المملوكة لرب الأسرة فلا تشمل الديون الواجبة عليه . بدليل أن أموال المتبنى (adrogé) أو المرأة عند زواجها بالسيادة (cum manu) كانت تنتقل الى المتبنى (adrogeant) أو صاحب السلطة على الزوجة دون أن يلتزم أحدهما بالديون الواجبة على المتبنى أو الزوجة . ولم يتقرر ربط الشخص بديونه الا بفضل تدخل البريتور الذى أوجب على المتبنى والزوج أو صاحب السلطة عليه أداء ديون المتبنى أو الزوجة لغاية قيمة الأموال التى آلت اليهما . وكان من أثر تدخل البريتور أن أصبح الاصطلاح منصرفاً الى كل الأموال التى يمكن تقديرها ماليا سواء أكانت مادية أم معنوية وأصبحت ذمة الشخص شاملة للأشياء التى فى ملكيته ، ولما له من الحقوق العينية على أموال الغير ، ومن الحقوق الشخصية على الغير ، ولما عليه من الحقوق الشخصية للغير .

٢٠٠ — **تقسيم منهج دراسة الاموال** : وسندرس الأموال أو بعبـارة أخرى عناصر الذمة السابق بيانها فى أقسام ثلاثة :

الأول - فى الملكية باعتبارها أهم الحقوق العينية .

الثانى — فى الحقوق العينية الأخرى وبالأخص حقوق الارتفاق .

الثالث — في الحقوق الشخصية أو الالتزامات ولأهمية القسم الثالث سنخصص له الكتاب الثالث .

الباب الأول

فى الملكية ووضع اليد على الأموال المادية[*]

الفصل الأول

تاريخ الملكية — صورها — خصائصها

المبحث الأول – فى تاريخ حق الملكية

٢٠١ — مقدمة: للملكية فى روما تاريخ طويل إذ لم تنشأ منذ العصور الأولى على نظام واحد وهو نظام الملكية الفردية. وإنما اتخذت - كما اتخذت عند الشعوب الأولى - صوراً شتى قبل ظهورها فى صورة الملكية الفردية. فالشرائع الثلاث التى تحكم أوربا فى الوقت الحاضر — الشريعة الجرمانية والشريعة السلافية والشريعة الرومانية — ترجع تلك السلطة المطلقة على الأموال، التى يعبر عنها بالملكية، إلى الدولة. فالملكية الفردية — على الأقل بالنسبة للأموال الثابتة — كانت مجهولة لدى قدماء الجرمان، وكانت، حتى بعد ظهورها، تعتبر منحة من الدولة. ولا أدل على ذلك من أن القانون الألمانى الحديث ينظم نقل الملكية العقارية تحت إشراف السلطة القضائية. وكذلك الحال فى الشريعة السلافية القديمة إذ لم يكن للأفراد على أراضى الدولة سوى حق الانتفاع، ولم تظهر الملكية الفردية على العقار فى بولونيا إلا ابتداء من القرن الثانى عشر، وبقيت روسيا محكومة فيما يتعلق بالملكية العقارية بنظام يشبه ذلك النظام المستمد من العرف المتبع لدى القبائل الجرمانية.

---

(١) اقرأ بياناً موجزاً لتاريخ حق الملكية فى هيفلان، طبعة سنة ١٩٢٧، ج ١، ص ٤٢٥ - ٤٤٦.
وراجع للتوسع، « De Laveleye »، فى مؤلفه، « La propriété et ses formes primitives ».

ولم تختلف الشريعة الرومانية فى ذلك عن الشريعتين السابقتين ، فنى روما حتى عصر الجهورية ، كانت الملكية الفردية مقصورة على الاموال المنقولة وغيرمعروفة بالنسبة للعقار .

نستفيد هذا من مدلول بعض الاصطلاحات القانونية ومن النظم القانونية للعصور الاولى لروما .

(١) فمثلا عبارة (familia pecuniaque) ، وهى التى تطلق على مجموع الأموال ، تفيد من تركيبها اقتصار حق الملكية فى الأصل على الأموال المنقولة ، لأن الكلمة الأولى (familia) تطلق على العبيد والثانية (pecunia) على الدواب وكلاهما من الاموال المنقولة . وكذلك عبارة (res mancipi) وهى التى يعبر بها عن الأموال النفيسة مشتقة من كلمتين (manu) وتفيد اليد و (capere) وتفيد الاستيلاء أى الاستيلاء باليد ولا يتصور الاستيلاء باليد الا بالنسبة للمنقول .

(٢) نستنبط هذا أيضاً من صور الدعاوى الرومانية والأعمال القانونية القديمة، فكلها تنبىء بأنها انما صيغت بالنظر الى أموال منقولة . فمثلا صورة دعوى الاسترداد القديمة (sacramentum in rem) تفترض وجود الشىء المتنازع عليه فى مجلس القضاء حيث كان يلمسه الخصمان، وهذا لا يمكن تصوره الا بالنسبة للمنقول .

كذلك الاشهاد (mancipatio) ، وهو طريق نقل الملكية على الاموال النفيسة ، كان يوجب على المكتسب القيام باجراءات معينة والنطق بعبارات خاصة وهو عسك المال المبيع ، الأمر الذى لا يمكن تصوره الا بالنسبة للمنقول . وذلك أن المشترى كان يأتى في مجلس العقد ويمسك الشىء الذى تشتريه ويعلن فى مجلس العقد أن هذا الشىء ملكه طبقا للقانون الرومانى ، ولم تستخدم الاجراءات السابقة بالنسبة للعقار الا بعد تحويرها والاستعاضة عن العقار في مجلس القضاء أو مجلس العقد برمز له .

٢٠٢ — *أول صورة للملكية على العقار* (heredium) : انما نلاحظ أن بعض فقرات قانون الالواح الاثنى عشرة التى أمكن العثور عليها وحفظها ، تثبت وجود حق الملكية على العقار بالنسبة لبعض الأموال وهى المسماة بالأموال العائلية

(heredium) . وهذه عبارة عن منزل الأسرة (domus) والأرض الملحقة به وهى نصف هكتار من الأرض . وهذه الاموال كانت ملكا لرب الأسرة ، له ادارتها مدة حياته كما لو كان المالك لها ، وبعد موته تؤول الى ورثته من العصب وهؤلاء يسمون ورثة أنفسهم (heredes sui) . ومعنى العبارة المذكورة أنهم لا يكتسبون ملكية أموال الاسرة بطريق الارث من المتوفى ، بل باعتبارهم شركاء له فى ملكيتها .

٢٠٣ — *ظهور أموال جديدة للعائلة* (fundus) : انما هذه الاموال كانت لا تكفى لتغذية الاسرة مهما قل عدد أفرادها . فكان لابد من وجود أراض أخرى خارجة عن مدينة روما يقوم الاهلون باستغلالها سواء أكان ذلك بزراعتها أم باستخدامها للرعى (١).

وهذه الاموال كانت فى الاصل ملكا للعشيرة (gens) ، وكانت توزع على الاسر لاستغلالها بمعرفة رب الأسرة ، وبمعونة أولاده وعملائه ورقيقه . الا أن توزيع هذه الأراضى على الأسر أصبح مستديما ، بحيث استقلت كل أسرة بنصيبها ، يتوارثه أعضاؤها جيلا بعد جيل ولا يعود الى القبيلة الا بانقراض الأسرة .

٢٠٤ — *طبيعة حق رب الاسرة على هذه الاموال* : لم يكن حق ملكية ، بل كان مجرد حق انتفاع . انما آلت اليه هذه الأموال أخيراً اما بطريق الأقطاع من الدولة أو بطريق الاستيلاء عليها بمضى المدة فصارت بذلك ملكا له . ومن هنا نشأت الملكية الفردية بالنسبة للعقار .

المبحث الثانى ـ فى صور الملكية فى العصر العلمى

٢٠٥ — *الملكية الرومانية* (dominium ex jure quiritium) : الا أن الملكية الرومانية لم تكن جائزة لكل شخص ولا شاملة لكل شىء بل كان لابد لقيامها من توافر ثلاثة شروط :

الأول : خاص بالمالك — يجب فى المالك أن يكون رومانياً متمتعاً بالرعوية

---

(١) راجع جيرار ، طبعة سنة ١٩٢٩ ، ص ٢٨٤ .

الرومانية : فغير الرومانى كان محروما من حق التعامل (commercium) وبالتالى محروما من اكتساب الملكية .

الثانى : خاص بالشىء ذاته ـ يجب أن يكون المال (إذا كان من الأموال الثابتة) رومانياً أى موجودا بروما ، أو إيطاليا أى موجودا فى إيطاليا . تخرج بذلك الأراضى الأقليمية .

الثالث : خاص بطريقة اكتساب الملكية ـ يجب أن تكون الملكية قد اكتسبت باحدى الطرق المقررة فى القانون المدنى (Jus civile) كالاشهاد والدعوى الصورية . فاذا استخدمت طريقة أخرى لنقل ملكية مال من الأموال الرومانية ، بأن اكتفى المتعاقدان بتسليم المبيع إلى المشترى ، فان الملكية لاتنتقل إلى هذا الأخير طبقا للقانون الرومانى البحت بل تظل لصاحبها الأصلى .

٢٠٦ — **صور الملكية المختلفة فى العصر العلمى** : لذلك وجدت فى العصر العلمى بجانب الملكية الرومانية صور أخرى للملكية يمكن حصرها فى ثلاث :

(١) الملكية البريتورية (propriété prétorienne)

(٢) الملكية الاقليمية (propriété provinciale)

(٣) الملكية الاجنبية (propriété pérégrine)

§ ١ — الملكية البريتورية (La propriété prétorienne) [1]

٢٠٧ — هى أهم صور الملكية الاخرى بعد الملكية الرومانية وينص (Gaius) في كتابه للنظم (٢ ، ٤٠) على أن « الملكية قد تجزأ بحيث يكون لشخص الملكية (dominium) على شىء ما ، مع وجوده فى مال شخص آخر (in bonis) » . ويعتبر هذا الاخير مالكا فى نظر البريتور . فكأنه قد يوجد على شىء واحد حقان لشخصين مختلفين ، لاحدهما الملكية الرومانية وللاخر الملكية البريتورية .

وقد ظهرت هذه الصورة من الملكية فى أوائل عهد الاجراءات الكتابية

---

(١) راجع (Appleton) فى كتابه «Histoire de la propriété prétorienne et de l'action publicienne» جزءان ، سنة ١٨٨٩ - ١٨٩٠ .

(procédure formulaire) للتخفيف من شدة القيود الشكلية . فنشأت فى حالة عدم انتقال الملكية (dominium) لنقص فى الاجراءات الخاصة بنقل الملكية وهى حالة التصرف فى مال نفيس (res mancipi) بطريق التسليم (traditio) ، كما إذا بيع عقار ايطالى أو رقيق أو أحد دواب الحمل أو الجر ، ولم يقم الطرفان باجراءات الاشهاد أو الدعوى الصورية ، بل اكتفيا بالتسليم ، فالمشترى في الصورة المتقدمة لا يكتسب ملكية المبيع طبقا للقانون المدنى (jus civile) وانما يكون فقط فى حالة تمكنه من اكتساب الملكية بمضى المدة (in causa usucapiendi) . غير أن البريتور تدخل للتخفيف من صرامة حكم القانون المدنى البحت فى الصورة المتقدمة فقرر أن البائع ، أو المسلم على وجه العموم (tradens) ، وإن بقى المالك قانونا (jure civili) ، إلا أن المشترى أو المتسلم (accipiens) يعتبر فى الواقع كأنه المالك الحقيق . ذلك أنه حمى وضع يده بوسائل شتى ضمنت لهذا الأخير الاحتفاظ بما تحت يده ، وكان من نتيجة ذلك أن تقررت على نفس الشىء ملكية مدنية أو رومانية وملكية بريتورية .

٢٠٨ — **وسائل حماية الملكية البريتورية** : تقررت هذه الحماية بطريقين إذ منح البريتور هذا المالك البريتورى دفوعا (exceptions) ودعاوى (actions)

ا . **الدفوع** : يمنح من حصل على مال نفيس بطريق التسليم دفوعا يرد بها كل محاولة لأخذ المال من تحت يده .

وتظهر طريقة استخدام هذه الدفوع من التفصيل الآتى :

١ — باع شخص لآخر عبداً بطريقة التسليم ، فطبقا للقانون المدنى يبقى العبد ملكا لبائعه لكونه مالا نفيسا ، فاذا حاول البائع استرداد العبد بعد تسليمه بناء على هذا الاعتبار برفع دعوى الاسترداد (action en revendication) ، كان للمشترى أن يرد على دعواه المذكورة بما معناه « تطالبنى برد الشىء اليك مع سبق تصرفك فيه وتسليمه الى - فأنت سىء النية ولذلك أطلب من البريتور أن يدمج فى صيغة الدعوى الدفع بالغش (exceptio doli) » فاذا أثبت المشترى صحة دفعه المذكور خسر البائع دعواه واحتفظ المشترى بالعبد .

٢ — اذا تصرف البائع في مثلنا السابق فى العبد مرة ثانية الى شخص ثالث ونقل اليه حقه فى الملكية بطريق الاشهاد (mancipatio) وجهل المشترى الثانى التصرف السابق فرفع دعوى الاسترداد على المشترى الأول للمطالبة بالعبد . فليس للمشترى الأول أن يرد عليه بدفع الغش قبله لحسن نيته . ولذلك منحه البريتور ، فى هذه الحالة ، دفعاً آخر يعرف بدفع الشيء المبيع والمسلم (exceptio rei venditae et traditae)

ب — *دعوى ملكية* (action publicienne) : كذلك منحه البريتور غير الدفوع المتقدمة دعوى لاسترداد وضع يده (possession) على ماله إذا فقده. وهى تشبه دعوى الاسترداد المقررة لحماية الملكية الرومانية . وسندرسها عند الكلام على وسائل حماية الملكية . ونكتفى هنا بالاشارة الى أن هذه الدعوى مبنية على افتراض أن المالك البريتورى قد أتم المدة القانونية لاكتساب الملكية بمضى المدة (usucapio) . اذ يطلب البريتور من القاضى الذى تحال عليه الدعوى أن يفصل فيها باعتبار أن المدعى أتم المدة القانونية على وضع يده ، وليس على المدعى أن يثبت بعد ذلك إلا أنه قد تسلم الشيء والسبب الشرعى الذى تسلم بمقتضاه (justa causa) .

§ ٢ — الملكية الاقليمية (La propriété provinciale)[١]

لم يكن من الممكن حتى القرن السادس لروما انشاء حق ملكية على عقار بايطاليا أو باحدى الولايات أو الأقاليم الرومانية (provinces)، ولكن سرعان ما ألحقت العقارات الايطالية (fonds italiques) بالعقارات الرومانية فى الحكم وبقيت العقارات الاقليمية وحدها خاضعة لنظام خاص للملكية .

٢٠٩ — *تسوية العقارات الايطالية بالعقارات الرومانية*: تم هذا فى العصر السادس لروما نتيجة لعوامل شتى اقتصادية أكثر منها قانونية ، وبالأخص نتيجة كثرة منح الأراضى من الدولة الى الأفراد مع الاعتراف لهم بحق الملكية عليها .

---

(١) راجع فى الملكية الاقليمية (Tenney Frank) فى مقاله « Dominium in solo provenciali » المنشور فى [Journal of roman studies] سنة ١٩٢٧ ، ص ١٤٢ — ١٦١ .

ولكن بقيت تحت يد الأفراد ، بجانب الاراضى الممنوحة على الوجه السابق ، بعض أراض غير مزروعة ليس للافراد عليها حق الملكية ، وانما حق غامض يعبر عنه أحياناً بحق استعمال (usus) وأحياناً أخرى بوضع اليد (possessio) . إلا أن هذه الأراضى ألحقت بالأولى فى الحكم وسويت أيضاً بالأراضى الرومانية من حيث خضوعها لنظام الملكية الرومانية . وقد تم هذا في القرن السابع لروما بمقتضى قانونين صدرا فى هذا التاريخ(١) . وكان من نتيجة هذين القانونين أن اعتبرت جميع العقارات الايطالية من الاشياء النفيسة (res manicipi) وخاضعة لنظام الملكية الرومانية .

٢١٠ — *وضع اليد على الاراضى الاقليمية* : أما الاراضى التى بالاقاليم أو الولايات الرومانية (provinces) فقد بقيت حتى نهاية العصر العلمى مملوكة للدولة ، غير أن الاراضى كانت فى الواقع ملكا للافراد الحائزين لها فلهم الانتفاع بها واستغلالها بل التصرف فيها ، فحقهم على الاراضى المذكورة مساو لحق الملكية وان كان لايسمى بهذا الاسم . ويطلق عليه الشراح فى العصر العلمى اصطلاحات شتى ، فيعبرون عنه تارة بحق الاستعمال (usus) وتارة بوضع اليد (possessio)(٢).

وتمتاز الاراضى الاقليمية عن الاراضى الايطالية فى أنها وحدها كانت خاضعة للضريبة العقارية(l'impôt foncier)، وكذلك لاتنتقل الاراضى المذكورة بطريق نقل الملكية المقرر بالقانون المدنى (jus civile) ولكن بطريق نقل الملكية التابع لقانون الشعوب (jus gentium) وهو التسليم (traditio) كما أن الحق المقرر عليها تحميه دعوى مختلفة عن دعوى الاسترداد (rei vindicatio) وهى المقررة لحماية الملكية الرومانية .

٢١١ — *تضييق نطاق الاراضى الاقليمية تدريجيا* : إلا أن نطاق الأراضى الاقليمية قد حد كثيراً فنحت بعض المدن والمستعمرات امتيازاً (jus italicum)

---

(١) أهمها القانون الصادر فى سنة ٦٤٣ لروما أو فى سنة ١١١ قبل الميلاد والقاضى باعادة توزيع الأراضى ـ راجع جيرار ، النصوص ، ص ٤٦ . وكيك ، طبعة سنة ١٩٢٨ ، ص ٢٥٠ .

(٢) انظر (Gaius) فى النظم ٢ - ٧

بمقتضاه سويت أراضيها بالاراضى الايطالية . وصارت الاراضى الاقليمية التى تتمتع بهذا الامتياز كالاراضى الايطالية من حيث قابليتها لان تكون محل ملكية رومانية (dominium ex jure quiritium) ، ومن حيث جواز التصرف فيها بالاشهاد (mancipatio) وبالدعوى الصورية (in jure cessio) وللمالك حماية لحقه استعمال دعوى الاسترداد (rei vindicatio) .

٢١٢ — *خضوع العقارات الايطالية للضريبة العقارية* : وفى نهاية القرن الثالث من الميلاد ساوى الامبراطور مكسيميان بين جميع الاراضى من الوجهة المالية ، أى من حيث خضوعها للضريبة العقارية بسبب ازدياد تكاليف الدولة الرومانية باتساع أرجاء الامبراطورية مما أظهر الحاجة إلى إيجاد موارد جديدة للدولة ، فعمم الامبراطور المذكور نظام الضرائب وطبقه على الاراضى الايطالية أسوة لها بالاراضى الاقليمية ، وبذلك زالت كل تفرقة مالية بين الاراضى الايطالية والأقليمية . وظهرت عندئذ الفكرة الحديثة للأساس الذى يبرر فرض الضريبة العقارية ، فبعد أن كانت الضريبة العقارية قائمة على فكرة امتلاك الدولة للأراضى المقررة عليها الضريبة (بدليل قصورها فى الاصل على الاراضى الاقليمية) ، أصبحت قائمة على واجب كل فرد فى تحمل نصيبه من أعباء التكاليف العامة .

§ ٣ — الملكية الاجنبية أو ملكية الاجنبى (La propriété pérégrine)

يرجع ظهور هذه الصورة من الملكية إلى أن الاجنبى لم يكن متمتعاً بحق التعامل فى روما (jus commercii) ، وبالتالى كان محروماً من اكتساب حق الملكية الرومانية (propriété quiritaire) ، فكان ما يمتلكه لا تحميه قواعد القانون المدنى (jus civile) ، بل تحميه إما قواعد قانونه الوطنى (droit pérégrin local) أو قانون الشعوب (jus gentium) الذى كان يطبقه قاضى الاجانب فى روما (prêteur pérégrin).

إلا أن هذه الصورة من الملكية قد اندثرت سريعاً فزالت تقريباً عقب صدور قانون الامبراطور كراكلا (Caracalla) فى سنة ٢١٢ ميلادية ، الذى منح الجنسية الرومانية لجميع سكان الامبراطورية ما عدا بعض العتقاء (les déditices) .

المبحث الثالث

فى الملكية فى عهد جوستنيان وخصائص الملكية الرومانية

٢١٣ — **توحيد نظام الملكية** : زالت فى عهد جوستنيان كل تفرقة عملية بين العقارات الايطالية والعقارات الاقليمية لعدم وجود ما يبرر التميز بينهما خصوصاً بعد تعميم نظام الضرائب العقارية وشموله الاراضى الايطاليـة أسوة بالاراضى الاقليمية كما سبق بيانه . كذلك اختفت صورة ملكية الاجنبى بمنح الرعوية لجميع سكان الامبراطورية ما عدا بعض العتقاء منذ عهد كراكلا ، وللعتقاء أيضاً فى عهد جوستنيان . وأخيراً زالت الملكية البريتورية مع زوال التفرقة القديمة بين الأشياء النفيسة (res mancipi) والاشياء غير النفيسة (res nec mancipi).

وهكذا توحد نظام الملكية فى عهد جوستنيان بالنسبة لجميع الاموال وفى جميع أنحاء الامبراطورية وبالنسبة لجميع الرعية .

٢١٤ — **طبيعة حق الملكية فى قانون جوستنيان وصفاتها** : هى ملكية فردية وحق مطلق (droit absolu) ودائم (perpétuel) .

٢١٥ — **الملكية حق مطلق** : الملكية فى القانون الرومانى حق مطلق (absolu) مقصور على صاحبه (exclusif) بمعنى أن للمالك أن يفعل بملكه ما يشاء ، وأن يمنع الغير منه كلما شاء . وتتكون الملكية من عناصر ثلاثة يعبر عنها بالعبارات الآتية :

الاول (l'usus) أو (jus utendi) أى حق الاستعمال .
الثانى (le fructus) أو (jus fruendi) أى حق الاستغلال أو الانتفاع .
الثالث (l'abusus) أو (jus abutendi) أى حق التصرف .

فحق الاستعمال (usus, jus utendi, droit d'user) هو الحق فى استخدام الشىء فى جميع وجوه الاستعمال التى أعد لها ، أى التى تتفق مع طبيعته . فبالنسبة للمنازل بسكناها وبالنسبة للأرض بزراعتها ، وللحيوانات بركوبها ، وللثياب بلبسها .

وحق الاستغلال (fructus, jus fruendi, droit de jouir) هو حق الحصول

على حاصلات الشيء وعلى ثماره التي يكون قابلا لانتاجها سواء فى ذلك الثمار الطبيعية أو المدنية على النحو الذى فصلناه آنفاً .

وحق التصرف (jus abutendi, droit de disposer) يشمل جميع أعمال التصرف المادية بتغيير شكل الشيء أو إتلافه ، أو القانونية بالتنازل عن الحقوق التي للمالك كبيع الشيء كله أو بعضه أو هبته أو تحميله حقوقاً عينية الخ .

لكن هذا الحق، وإن وصف دائماً بأنه حق مطلق، لم يكن كذلك فى أى وقت من الأوقات . فقد خضع منذ العهد القديم لقيود شتى تقضى بتقييده . فيحوى القانون الرومانى منذ قانون الاثنى عشر لوحا قيوداً شتى للملكية .

وهذه القيود — وأكثرها مقرر بالنسبة للأموال الثابتة — بعضها مقرر لمصلحة الجار ، وبعضها مقرر للمصلحة العامة .

فمن القيود المقررة لمصلحة الجار أنه ليس للمالك أن ينتفع بكل عقاره ، بل عليه أن يترك حول منزله أو حقله مسافة قدمين ونصف قدم بلا بناء أو زراعة ، حتى يتكون بين الملكين مع ما يتركه الجار طريق عرضه خمسة أقدام . وقد زال القيد المذكور بالنسبة للمبانى بعد حريق روما عند غزوها بمعرفة رجال الغال حوالى سنة ٣٩٠ قبل الميلاد . ومن ذلك أيضاً أنه يجب على المالك أن يحتمل امتداد شجرة جاره فوق أرضه بشرط أن يكون هذا الامتداد على ارتفاع خمسة عشر قدماً . ومن ذلك أيضاً أن يقبل مسيل المياه الطبيعية من أرض جاره المرتفعة (١) .

ومن القيود المقررة للمصلحة العامة إلزام الملاك الذين تقع أملاكهم على الطريق العام أو الشوارع باصلاحها والعناية بها . ومن هذه القيود أيضاً تحريم هدم المبانى لبيع أنقاضها الثمينة إلا بتصريح من الادارة وذلك بمقتضى قوانين صدرت من مجلس الشيوخ (senatus-consultes) فى عصر الامبراطورية . ويظهر أنه كانت توجد عدة لوائح خاصة بتنظيم البناء فى المدن على شكل وطراز مخصوص . كذلك نجد في القانون الرومانى أمثلة كثيرة — لا يتكون منها نظام عام لنزع الملكية للمنفعة العامة — يجوز فيها نزع العقار من تحت يد مالكه لمصلحة عامة مقابل تعويض يدفع اليه أو بدون تعويض ما في بعض الأحوال . (٢)

---

(١) راجع أمثلة كثيرة من هذه القيود فى جيرار ، طبعة سنة ١٩٢٩ ، ص ٢٧٨ و ٢٧٩ .

(٢) راجع المرجع المتقدم ص ٢٨٩ و ٢٨٠ .

٢١٦ — **الملكية حق دائم** (droit perpétuel) : حق الملكية حق دائم يبقى ما بقي الشيء المقرر عليه . فهو حق قابل للانتقال من شخص لآخر ، ولكنه لا يزول إلا لأسباب استثنائية . بخلاف سائر الحقوق الشخصية (droits de créance) التي تنقضي دائماً بالوفاء (paiement) ولا تنتقل بالتحويل كقاعدة عامة .

ويترتب على أن حق الملكية حق دائم أنه لا يجوز تعليق نقل الملكية على شرط فاسخ (condition résolutoire) أو تقييده بأجل مسقط (terme extinctif) إذ الملكية لا يمكن نقلها لأجل محدود (ad tempus). إلا أن جوستنيان أباح فسخ نقل الملكية في حالتين :

أولا : في الهبة المقيدة بشرط (donation sub modo) .

ثانياً : في الهبة بسبب الوفاة (donation à cause de mort) . وسنتكلم عليهما عند الكلام على الهبة في كتاب الالتزامات .

ويترتب أيضاً على كون حق الملكية دائماً ، عدم سقوطه بمضي المدة كما تسقط الحقوق العينية الأخرى . فاذا لم يستعمل المالك ملكه ، ولم يعمل عملا يظهر حقه ، فانه لا يفقد ملكية ماله بسبب ذلك ، إلا إذا وضع آخر يده على ذلك المال وتملكه بالتقادم المكسب . ولكن في هـــذه الحالة لا يضيع المال على المالك لكونه لم يستعمل حقه ، وإنما يفقده لكون آخر تملكه بمضي المدة ، بشرط أن تتوافر فيه الشروط اللازمة لهذا النوع من أسباب التملك . هذا مع ملاحظة ما تقرر في عهد الامبراطورية من حرمان المالك من أرضه إذا أهملها دون زراعة بحيث تصبح ملكا لمن يستولى عليها ويزرعها مع إعفائه من الضريبة عشر سنين وذلك لتشجيع استغلال الأراضي البور .

ونبدأ الآن بدراسة أسبـاب اكتساب الملكية ووسائل حمايتها . الا أن هذين الموضوعين يتصلان بنظرية وضع اليد (possesion) ولذلك سنقدم دراستها عليهما .

الفصل الثاني

فى نظرية وضع اليد (La possession des choses) [1]

٢١٧ — **وجوب تمييز وضع اليد عن الملكية** : يحسن قبل تعريف وضع اليد أن نستخلص معناه من مدلول اللفظ ذاته . فكلمة (possessio) مكونة من أصلين : الأول (pot) بمعنى السلطة ومنها (potestas) والثانى (sessio) بمعنى يقعد أو يرتكز (s'asseoir) . فكلمة (possessio) تفيد اذن قيام سلطة مادية على شىء .

هذه السلطة الفعلية تشبه كثيرا حق الملكية وكثيرا مايخلط بينهما فى اللغة العادية فيقول الأنسان « إنى أحوز هذا الشىء » بمعنى « انى أملكه » . الا أن الواقع أن الملكية ووضع اليد فكرتان مختلفتان يجب التميز بينهما، إذ يجب التمييز بين الحق ذاته وبين استعماله فعلا ، لأن المالك وإن كان فى أغلب الأحيان هو الحائز لملكه الاأن ملكه المذكور قد يكون في قبضة غيره، وهكذا تكون الملكية لشخص ووضع اليد لشخص آخر . ففي حالة السرقة مثلا يفقد المالك الحيازة على ماله بخروجه من تحت يده والسارق لايعتبر باستيلائه عليه مالكا بل يعتبر فقط حائزاله (possesseur) .

٢١٨ — **الآثار القانونية لوضع اليد** : غيرأن وضع اليد وان كان عبارة عن سلطة فعلية على الشىء الا أنه تترتب عليه آثار قانونية شتى ومهمة :

١ — فوضع اليد هو الأساس الذى يبنى عليه اكتساب الملكية طبقاً لبعض الطرق المكسبة للملكية :

---

(١) راجع فى نظرية وضع اليد المراجع الآتية : —

Savigny, « Traité de la possession » 1re ed. 1803 ; traduction française 1886. De Ihering, Fondement de la protection possessoire, 1865 ; Oeuvres choisies, 1893, t. 11. pp 213 - 263. Cornil' Traité de la possession dans le droit romain, 1905. Duquesne, Distinction de la possession et de la détention, thèse de droit, Paris, 1898. Albertario, la possession romaine, Rev. d'histoire du droit, t x II, p 1-28.

(١) فالاستيلاء (occupatio) على مال مباح يكسب الحائز ملكية المال المذكور .

(ب) كذلك تنتقل الملكية فى الأموال غير النفيسة (res nec mancipi) بنقل حيازتها أى بالتسليم (traditio) .

(حـ) وأخيراً تكتسب ملكية الأموال النفيسة وغير النفيسة على السواء بوضع اليد عليها مدة معينة فى القانون أى بالتقادم (usucapio) .

٢ – حمى البريتور في روما والحاكم فى الولايات (gouverneur de province) ابتداء من القرن السادس لروما وضع اليد ذاته باجراءات خاصة سميت بالأوامر (interdits) .

٣ — وأخيراً لوضع اليد أهمية كبيرة ابتداء من العصر العلمى فيما يتعلق بدعوى الاسترداد ، وهى الدعوى المقررة لحماية الملكية . إذ كان يتمتع واضع اليد طبقاً لاجراءات الدعوى المذكورة ، بمركز ممتاز ، باعتباره مدافعاً (défendeur) ، فعلى المسترد — وهو من ليست له الحيازة — إثبات ملكيته وليس على واضع اليد سوى الانتظار .

٢١٩ — *آثار أخرى لوضع اليد اذا اقترن بحسن نية* : لوضع اليد آثار أخرى إذا اقترن بحسن نية . وحسن النية هنا هو اعتقاد واضع اليد خطأ بأنه صار مالكا . فيوجد حسن النية مثلا إذا اشترى شخص شيئاً من غير مالكه معتقداً أنه صار مالكا . فمثل هذا المشترى لا يكتسب الملكية وان اعتقد أنه صار مالكا بل يعتبر فقط واضع يد حسن النية . ولواضع اليد حسن النية ، عدا المزايا السابق الكلام عليها ، ما يأتى :

(١) يكتسب واضع اليد حسن النية الثمرات الناتجة من المال بانفصالها عنه كما سنرى ذلك عند الكلام على طرق اكتساب الملكية .

(٢) إذا فقد واضع اليد حسن النية وضع يده فله استرداده بالدعوى المسماة (action publicienne) كالمالك البريتورى (propriétaire prétorien) تماماً .

٢٢٠ — *عناصر وضع اليد* : يتكون وضع اليد تبعاً لفقهاء العصر العلمى من

عنصرين : عنصر مادى وهو الحيازة المادية للشىء (détention) ويسمى أيضاً (corpus) وهو وجود الشىء تحت يد الشخص أو تحت تصرفه الفعلى ، وعنصر معنوى ويسمى النية (animus) . والصعوبة كلها هى فى تعيين النية المذكورة اللازم توافرها فى وضع اليد والتى تميز وضع اليد عن كل الحالات الفعلية الأخرى كالحيازة المجردة (la détention) . ويرجع السبب فى قيام الصعوبة المذكورة إلى قلب الامبراطور جوستنيان للنظريات المقررة فى العصر العلمى خاصة بوضع اليد .

٢٢١ — *صور الحيازة المختلفة فى العصر العلمى* : ففى العصر العلمى كان لوضع اليد معان مختلفة وكان يدرس من وجوه عدة :

فأولا من حيث التقادم (usucapio): كان يسميه الشراح فى هذا الخصوص باسم وضع اليد المدنى (possessio civilis). وهو الذى يستند إلى عمل قانونى ، ويؤدى إلى اكتساب الملكية الرومانية بمضى المدة ، والنية (animus) هنا هى نية التملك (animus domini) أى نية الظهور على الشىء بمظهر المالك .

ثانياً من حيث استعمال وسائل حماية وضع اليد بنظام الأوامر : درس الشراح الرومان وضع اليد فى ذاته لمعرفة الأشخاص الذين يحق لهم استخدام الأوامر (interdits) لحماية يدهم . وقد سماه الشراح عند نظرهم إليه من هذه الوجهة (possessio ad interdicta) لتمييزه عن وضع اليد المكسب للملكية بالتقادم . والنية هنا مختلفة عن النية اللازم توافرها فى التقادم فهى ليست نية التملك (animus domini)، بل هى نية وضع اليد (animus possidendi)، أى نية واضع اليد حيازة الشىء والاحتفاظ به لحسابه الخاص .

ثالثاً : كذلك تصور فقهاء العصر العلمى صورة ثالثة أسموها بالحيازة الطبيعية أو المادية (possessio naturalis أو corporalis) . وهى الحيازة المجردة (la détention)، فالحائز (détenteur) اليد المادية على الشىء (corpus)، وليست لديه نية وضع اليد (animus possidendi) أى نية الاحتفاظ بيده لحسابه الخاص. إذ هو يحوز الشىء بالنيابة عن الغير كالوديع والوكيل والمدير الخ ولذلك لم يكن لهؤلاء التمتع بنظام الأوامر إذ هى من حق من يحوزون لحسابهم .

٢٢٢ — **تعديلات جستنيانه** : وقد خلط الامبراطور جستنيان بين هذه الصور الثلاث للحيازة بقصد تحويل هذا التقسيم الثلاثى إلى تقسيم ثنائى. فميز بين نوعين من الحيازة ، الحيازة المدنية(possessio civilis) والحيازة الطبيعية (possessio naturalis) وأدخل فى الأولى الحيازة المحمية بنظام الأوامر والمسماة (possessio ad interdicta)، كما أنه منح حق الانتفاع بالأوامر لبعض الحائزين حيازة مجردة.

تقسيم : وسندرس تباعا فيما يأتى كيفية اكتساب وضع اليد وكيفية فقده ووسائل حماية وضع اليد ولمن التمتع بوسائل الحماية المذكورة وما هى الحكمة من تلك الحماية .

المبحث الاول ـ فى اكتساب وضع اليد وفقده

٢٢٣— **اكتساب وضع اليد** : يتكون وضع اليد من عنصرين ، عنصر مادى وعنصر معنوى. فاذا توافر هذان العنصران فى شخص بالنسبة لشىء ما اكتسب وضع اليد على هذا الشىء .

وقد يكتسب الشخص وضع اليد على شىء ما إما بنفسه وإما بواسطة غيره. فيكتسبه بنفسه إذا توافر لديه العنصران المادى والمعنوى . ويكون ذلك بالاستيلاء على الشىء مع نية الاحتفاظ به لحسابه الخاص . فبالنسبة للمنقول بأن يستولى عليه وينقله إلى حيازته ، وبالنسبة للعقار بالدخول فيه وتعرف حدوده والظهور عليه بمظهر المالك بأن يقطع شجره مثلا ، أو إذا كان العقار فى حيازة شخص آخر بأن يطرده منه .

وقد يكتسبه بواسطة غيره . فرب الأسرة منذ القانون القديم يكتسب وضع اليد بيد الأشخاص الخاضعين لسلطته كالعبد وابن الأسرة . ثم تصور امكان اكتسابه وضع اليد في العصر العلمى بشخص غير خاضع لسلطته كالوكيل أو المستأجر أو المستعير أو المودع لديه. انما يشترط فى الموكل أن يتوافر لديه العنصر المعنوى أى النية . واستثنى أخيراً من هذا الشرط ، وهو قيام النية فى شخص واضع اليد ، حالة فاقد الأهلية كالطفل والمجنون لعدم امكان توافر النية لديهما وكذلك

حالة الأشخاص المعنوية . فأصبح من الممكن اكتساب وضع اليد لمصلحة الأشخاص المذكورين بواسطة الأوصياء أو القوام عليهم ومديرى الأشخاص المعنوية متى توافر العنصران لديهم .

٢٢٤ — *فقد وضع اليد* : يفقد واضع اليد وضع يده بفقده أحد العنصرين أو هما معاً . فيفقد وضع اليد بفقد العنصرين معاً كما إذا هلك الشىء محل وضع اليد أو مات واضع اليد أو تصرف فى الشىء وسلمه إلى المتصرف اليه .

وقد يفقد وضع اليد بفقد الركن المادى وحده ، كهروب حيوان آبد . فواضع اليد يفقد وضع يده على هذا الحيوان بمجرد هروبه ، ولو كانت عنده نية الاحتفاظ به . ويستثنى من الحكم المتقدم المراعى التى لا تصلح للرعى إلا فى فصول معينة من السنة فوضع اليد عليها لا يمكن تصوره إلا بصفة متقطعة . وعليه لا يفقد واضع اليد وضع يده بمجرد تخليه عنها مدة الشتاء إذا كانت لا تصلح للرعى إلا فى فصول الصيف مثلا .

وقد يفقد وضع اليد بفقد الركن المعنوى وحده كأن يهب واضع اليد العقار لآخر ويحتفظ لنفسه بحق الانتفاع بهذا العقار ، فهو فى هذه الحالة قد فقد النية ولكنه احتفظ بالركن المادى وهو الحيازة . ومثل هذا ما إذا باع المالك واضع اليد عقاره واستأجره فى نفس الوقت من المشترى الجديد .

المبحث الثانى — فى طرق حماية وضع اليد (١)

٢٢٥ — *اوامر وضع اليد* (les interdits possessoires): يحمى القانون المدنى الحالى وضع اليد بنظام من الدعاوى تسمى بدعاوى وضع اليد وأهمها دعويان دعوى منع التعرض (la complainte) ودعوى استرداد الحيازة (la réintégrande).

أما فى القانون الرومانى فقد كان وضع اليد محمياً باجراءات خاصة تسمى بالأوامر (interdits, interdicta). وهى أوامر كان يصدرها البريتور ، بماله من

---

(١) انظر للتوسع فى طرق حماية وضع اليد رسالة «Husson» فى استرداد الحيازة «Le recouvrement de la possession en droit romain classique» ، ليون سنة ١٩٢٥ .

الولاية الادارية (imperium)، لطرفى النزاع على مال من الأموال،تقضى بابقاء الحيازة لواضع اليد وقت رفع النزاع اليه أو برد الحيـازة لمن كان واضعاً يده على شيء اغتصب منه.فهى نوعان: أوامر لاستبقاء الحيازة (interdits conservatoires, interdicta retinendae possessionis causa) وأوامر لرد الحيازة (interdits récupératories, interdicta recuperandae possessionis causa) .

٢٢٦ — **أوامر استبقاء الحيازة** : يقصد بها استبقاء الحيازة لواضع اليد ومنع خصمه من التعرض له حتى يثبت أنه مالك . وأوامر هذا النوع اثنان ، الأول خاص بالمنقول ويسمى (interdit utrubi) والثانى خاص بالعقار ويسمى (interdit uti possidetis) . وقد سمى الأمران المتقدمان كذلك نسبة الى العبـارات الأولى من صيغ الأوامر المذكورة كما هى مدونة فى منشور البريتور الدائم (l'édit perpétuel). ويستفاد من عبارة الأمرين المذكورين ، أنهما كانا يصدران إلى الطرفين المتنازعين معا، مما يدل على أن كلا منهما كان مدعياً أى يطالب بوضع اليد . ويكون النزاع على وضع اليد بينهما كمقدمة لدعوى الملكية ، فيفصل ابتداء فيمن يكون له وضع اليد فى أثناء نظر النزاع على الملكية .

فبمقتضى الأمر الأول وهو الخاص بالمنقول (interdit utrubi) يأمر البريتور بعدم التعرض لمن يكون قد حاز المنقول مدة أطول من غيره فى السنة السابقة مباشرة على صدور الأمر .

وبمقتضى الأمر الثانى وهو الخاص بالعقار (interdit uti possidetis) يأمر البريتور بعدم التعرض لواضع اليد الحالى على العقار أى وقت صدور الأمر .

انما يشترط فيمن ينتفع بهذه الأوامر أن يكون وضع يده غير معيب بالنسبة للخصم الذى ينازعه أو يتعرض له . وعيوب وضع اليد هى القوة والخفاء والصفة العارضة . وبعبارة أخرى يشترط في واضع اليد الذى يريد دفع التعرض بالأوامر المتقدمة أن لا يكون قد سبق أن انتزع المال من الخصم بالقوة (vi) أو خفية (clam) أو استلمه منه بصفة مؤقتة (precario) . [1]

---

(١) الحيازة المؤقتة (précaire) تنشأ عن اتفاق يشبه عقد عارية الاستعمال ، بمقتضاه يسلم المالك الى آخر مالا للانتفاع به مع وجوب رده اليه بمجرد طلبه ، وكان يلجأ الى ذلك رؤساء الأسر فى القديم لمصلحة عتقائهم أو نزلائهم. راجع جيرار ، طبعة سنة ١٩٢٩ ، ص ٦٣٤و ٦٣٥ .

٢٢٧ — **اوامر استرداد الحيازة** :أهمها اثنان وهما متعلقان بوضع اليد على العقار يقرر أحدهما جزاء لاستعمال القوة البسيطة (violence ordinaire) ويسمى (interdit unde vi cottidiana) . ويصدر لمصلحة واضع اليد على العقار الذى اغتصب منه عنوة . إنما يشترط فيمن يريد الاستفادة من الأمر المذكور أن يطلب رد الحيازة فى خلال السنة التالية للاغتصاب وألا يكون وضع يده هو معيباً . ويقرر الآخر منهما جزاء لمن اغتصب العقار باستعمال القوة المسلحة ويسمى (interdit unde vi armata). فهو يصدر ضد من اغتصب بالقوة المسلحة عقاراً فى حيازة آخر حتى يلزم برده الى واضع اليد وتعويضه عما أصابه من الضرر . ولا يشترط فيمن يستخدم الامر الأخير الشرطان المتقدمان بل يجوز لمن اغتصب منه العقار بالقوة المسلحة أن يطلب رد الحيازة ولو بعد سنة من الاغتصاب بل ولو كان وضع يده معيباً .

٢٢٨ — **حماية وضع اليد فى قانون جستنيان — دعاوى وضع اليد** : وقد استبدل بنظام الأوامر في قانون جستنيان نظام من الدعاوى الاستثنائية (actions extraordinaires) خاضعة لاجراءات خاصة ومستعجلة . فحلت محل أوامر استبقاء الحيازة (utrubi, uti possidetis) دعوى واحدة في المنقول والعقار ويحكم دائما فيها لمصلحة واضع اليد وقت رفع الدعوى . كذلك ادمجت أوامر استرداد الحيازة (unde vi, de vi armata) فى دعوى واحدة عرفت فى بعض النصوص بلفظ (actio momentariae possessionis) ويشترط رفعها فى خلال سنة من الاغتصاب ولكنها ممكنة حتى بالنسبة لمن كان وضع يده معيباً .

المبحث الثالث ـ فيمن يتمتع بحماية وضع اليد

لا يتمتع بنظام الأوامر أو بدعاوى وضع اليد في قانون جستنيان سوى واضعى اليد (les possesseurs ad interdicta) دون الحائزين للشىء حيازة مادية مجردة (les détenteurs).

٢٢٩ — **من يعتبر واضع يد** : يعتبر واضع يد :

١ — المالك إذا كان واضعاً يده على ملكه سواء أكانت ملكيته رومانية أم بريتورية أم أجنبية أم اقليمية . وله لحماية حقه طريق دعوى الملكية وطريق دعوى وضع اليد وقد يفضل فى بعض الأحيان سلوك الطريق الأخير .

٢ — واضع اليد حسن النية، ومثله من يتلقى الملك من غير مالك بحسن نية أى معتقداً أن المتصرف اليه مالك .

٣ — واضع اليد سيء النية الذى يحوز الشيء ولكن بدون سبب صحيح وبسوء نية ومثله السارق والغاصب .

٤ — الدائن المرتهن رهنا حيازياً (créancier gagiste) بالنسبة للرهن المقدم اليه من مدينه ضماناً للدين .

٥ — الحارس القضائى (dépositaire séquestre) بالنسبة للمال المتنازع عليه المودع عنده حتى يفصل فى دعوى الملكية لصالح أحد المتنازعين.

٦ — المستأجر لآجال طويلة كستأجر الأراضى الخراجية (ager vectigalis) والمحتكر .

٢٣٠ — *الحائزون* (les détenteurs) : وعلى العكس من ذلك لا يعتبر غير من تقدم من واضعى اليد ، بل مجرد حائزين ، وبالتالى لا يستفيدون من نظام الاوامر . وهم

١ — المستأجر لآجال قصيرة إذ يعتبر حائزاً لحساب المالك .

٢ — المستعير ويعتبر حائزاً لحساب المعير .

٣ — المودع لديه العادى فلا يعتبر واضع يد بالنسبة للوديعة بل يبقى وضع اليد للمالك .

٤ — المنتفع

٢٣١ — *الفرق بين واضع اليد والحائز* : لدى كل منهما الحيازة المادية ولكنهما يختلفان فى النية وعليه يجب علينا تحديد معنى النية اللازم توافرها عند واضع اليد .

لانجد فى كتب الرومان حدا لهذه النية ، فحدها هو فى الواقع من صنع الشراح

العصريين . ويستند هؤلاء في ذلك الى نصوص من القانون الرومانى ولدينا في هذا مذهبان .

فالمذهب الأول ويدافع عنه سافينى (Savigny) يقرر بأن النيــة الواجب توافرهافى واضع اليدهى نيةالمالك(animus domini)، فيجب أن يكون واضع اليد معتقدا أنه المالك ، أو ينوى الظهور على هذا الشيء ظهور المالك له . وهذه النية متوافرة في المالك وواضع اليد حسن النية وواضع اليد سيء النية .

انما تعترض هـذا الرأى صعوبة بالنسبة للأشخاص الآخرين كالدائن المرتهن والحارس القضائى والمحتكر ، وقد اعتبرهم القانون الرومانى من واضعى اليد . ولكن سافينى (Savigny) تخلص من هذه الصعوبة بأن افترض أن المالك فى الحالات الثلاث السابقة تنازل عن وضع يده للمحتكر والحارس القضائى والدائن المرتهن، فلهؤلاء وضع اليد بطريق الاستعارة من المالك (possession dérivée).

وأما المذهب الثانى ويدافع عنه اهرنج (de Ihering) فيرى بأنه لا يشترط فى واضع اليد سوى نية الاحتفاظ بالشيء . وهذه النية متوافرة بالنسبة لجميع الحائزين بما فى ذلك المستأجر والوديع الخ . فكان يجب طبقا لهذا الرأى منح الأوامر لجميع الحائزين وهو ما يخالف ماقرره القانون الرومانى من وجوب التفرقة بين الحائزين وواضعى اليد الذين لهم وحدهم ميزة التمتع بنظام الأوامر . فكيف يمكن التوفيق بين هذا الرأى وهذه التفرقة . أو بعبارة أخرى كيف يبرر إهرنج حرمان الحائزين كالمستأجر من التمتع بنظام الأوامر لحماية حيازته ضد تعرض الغير له ؟

يفسر إهرنج هـذا الحرمان باعتبارات عملية ترجع الى الحـالة الاجتماعية والاقتصادية عند الرومان. فهويقول بأن المستأجر كان عندالرومان شخصا ضعيفاً فى حالة خضوع وتبعية بالنسبة للمالك وهوالشخص القوى، لذلك رؤى من الأوفق أن تكون حماية وضع اليد للمالك لأنه أقوى وأقدرعلى منع تعرض الغير، وحرمان المستأجر منها لأنه ضعيف .

وأما بالنسبة للمستعير والوديع فقـد علل (de Ihering) حرمانهما من الأوامر بأن كلا منهما ملزم قبل المالك برد الشيء ، فيجب أ لا نمنحهما وسيلة يمكن استخدامها ضـد المالك .

وهذا فيما يتعلق بتعيين النية وهو ما يحملنا على بحث موضوع آخر يتصل به وهو حكمة حماية وضع اليد ومشروعيته .

المبحث الرابع — فى حكمة حماية وضع اليد

من أهم المسائل معرفة ما الذى حمل البريتور على حماية واضعى اليد وقد يكون من بينهم غير المالك والمغتصب .

اختلفت الآراء فى ذلك وأهمها مذهبان ، مذهب سافينى ومذهب اهرنج .

٢٣٢ — *مذهب سافينى* (Savigny) : يرى سافينى أن الحكمة في حماية الشارع واضع اليد ، ولو كان غير مالك ، ترجع لحرص الشارع على حفظ النظام والأمن ، بمنع كل شخص من الحصول على حقه بالقوة بدون الالتجاء الى السلطة العامة ، سواء أكان معتديا أم صاحب حق . فقد منح البريتور الأوامر الى واضع اليد لاعتقاده بوجوب احترام الحالة المادية القائمة ، ومنع الأفراد من أخذ حقهم بالقوة ، فلواضع اليد أن يحتفظ بوضع يده حتى يصدر حكم من السلطة القضائية .

٢٣٣ — *مذهب دى اهرنج* : وقد رفض اهرنج الأخذ بنظرية سافينى مقرراً أن البريتور عند حمايته واضع اليد ، قصد حماية المالك ذاته . وقد يبدو هذا الرأى غريباً لأول وهلة ، إذ قد توجه أوامر وضع اليد ضد المالك فى بعض الأحوال وقد تفيد السارق والغاصب . غير أن اهرنج رد على هذا الاعتراض بأن هذه الأحوال نادرة والنادر لا حكم له . أما الغالب فى واضعى اليد أنهم مالكون ، وهم من قصد البريتور حمايتهم عند منحه أوامر وضع اليد . فقد يفضل المالك لحماية حقه على ملكه استخدام الأوامر على رفع دعوى الاسترداد . إذ يجب عليه عند رفع دعوى الاسترداد إثبات ملكيته وهو أمر شاق ، فلا يكفى فيه أن يثبت سبب ملكيته ، بل يجب عليه إذا كان قد اكتسبها بطريقة ناقلة للملكية ، أن يثبت أن سلفه كان مالكا للمال الذى اكتسبه منه ، وأن سلفه كان مالكا له كذلك وأن يستمر فى سلسلة الاثبات على هذه الصورة حتى يصل إلى سلف كان قد اكتسب هذا المال

بطريقة منشئة للملكيـة أو كان قد تملكه بمضى المدة . ولذا كان أصلح للمالك أن يطرق باب الوســائل المقررة لحماية وضع اليد ، إذ يكفى لنجاحه فى إعادة ما اغتصب منه إلى يده ، أن يثبت وضع يده عليه مدة سنة أو مدة أطول من خصمه فى السنة الأخيرة . ولا شك فى أن إثبات وضع اليد ، وهى حالة مادية ، أمر بسيط لا يقاس بجانب عبء إثبات الملكية . فكأن الأصل فى حماية وضع اليد إنما هو حماية الملكية بطريق أسهل من إثبات الملكية .

٢٣٤— *أثر النظرية الرومانية فى الشرائع الحديثة* : أخذت الشريعةالفرنسية[1] وكذلك كل الشرائع التى استمدت أحكامها منها (كالشريعة البلجيكية والطليانية والمصرية) بالتفرقة بين وضع اليد والحيازةالعرضية . فوضع اليد (possession) هو الحيازة الفعلية للشىء بنية تملكه أو بنية استعمال حق عينى عليه. وتعرف الحيازةالعرضية (détention) بأنها حيازة الشىء مجرداً عن النية .ولذلك لا يتمتع الحائزون (détenteurs) مثل المستأجر بدعاوى وضع اليد . غير أن فى هذا تطويل للاجراءات بدون موجب . لذلك جرى العمل فى فرنسا على اشتراط التنازل عن دعاوى وضع اليد للمستأجر حتى يتمكن من حماية يده عند التعرض له فى الانتفاع بالشىء المؤجر دون الحاجة إلى الالتجاء إلى المؤجر بقصد دفع التعرض عنه .

أما الشرائع الحديثة ، كالقانون الألمانى والسويسرى[2]، فلم تأخذ بهذه التفرقة بين واضعى اليد والحائزين بل منحت جميع الحائزين دعاوى وضع اليد بلا تمييز بينهم.

---

(١) المواد٢٢٢٨ ، ٢٢٢٩ ، ٢٢٣٦ من القانون المدنى الفرنسى والمادة ٢٣ من قانون المرافعات الفرنسى.

(٢) راجع القانون المدنى الالمانى مادة ٨٠٨ والسويسرى بالمادة ٩٢٠ (١)

الفصل الثالث

فى طرق اكتساب الملكية[1]

٢٣٥ — *تمهيد وتقسيم* : قد تكتسب الملكية على شىء من مالكه السابق، وقد تكتسب على مال مباح لم يكن له مالك من قبل ،فطرق اكتساب الملكية من النوع الأول تسمى طرقا ناقلة للملكية (modes dérivés) وهى تنقل الملكية بقيودها العينية المقررة فى عهد المالك السابق ، وطرق النوع الثانى تسمى منشئة للملكية (modes originaires) وهى تكسب الملكية خالية من أى حق عليها لغير المالك .

وتنقسم الطرق الناقلة للملكية بدورها إلى اختيارية واجبارية تبعاً لما إذا كان نقل الملكية بارادة المالك السابق أو رغماً منه . والطرق الاختيارية ثلاثة هى الاشهاد (mancipatio) والدعوى الصورية (in jure cessio) و التسليم (traditio) والاجبارية أيضاً ثلاثة وهى التقادم (usucapio) وحكم القاضى أو قرار البريتور ونص القانون .

ويمكن تقسيم طرق اكتساب الملكية من وجهة أخرى إلى طرق عامة (modes universels) ، وهى الشاملة لذمة الشخص أو لجزء نسبى منها كالنصف أو الثلث وهذه تفيد نقل الأموال بما عليها من الديون ، وإلى طرق خاصة (modes particuliers) وهى المقصورة على نقل شىء أو أشياء معينة من أموال الذمة دون نقل الديون .

وكذلك يمكن تقسيمها من وجهة أخرى إلى طرق ناقلة للملكية في أثناء الحياة ، خاصة كانت أو عامة ، كالهبة بمال معين أو كبيع أموال المفلس ، وإلى طرق ناقلة للملكية بعد الوفاة ، عامة كانت أو خاصة ، كالميراث أو الوصية بأموال معينة .

---

(١) راجع De Francisci, «Il trasferimento della proprietà»

وسنقصر دراستنا على الطرق الخاصة المكسبة للملكية حال الحياة بنوعيها الناقلة والمنشئة.

المبحث الأول — فى الطرق المنشئة للملكية

هذه الطرق هى :

(١) الاستيلاء (occupatio)

(٢) التنويع (specificatio)

(٣) تملك الثمرات (acquisition des fruits)

(٤) التبعية (accessio)

وكل هذه الطرق منشؤها قانون الشعوب (jus gentium) [١]

§ ١ — الاستيلاء (occupatio)

٢٣٦ — **تعريف** : هو الصورة الصحيحة لاكتساب الملكية بطريقة منشئة لها ، وهو عبارة عن وضع اليد على شىء غير مملوك لأحد ، بقصد تملكه . فبمجرد الاستيلاء على الشىء يكتسب الشخص ملكيته ما دامت لديه نية التملك .

٢٣٧ — **تطبيقات** : ويشترط لتطبيق القاعدة المذكورة توافر شروط ثلاثة :

(١) أن يكون هناك وضع يد

(٢) أن يكون المال الذى حصل وضع اليد عليه لا مالك له

(٣) أن يكون وضع اليد بنية التملك

ولا يتصور الاستيلاء إلا على الأشياء المباحة (res nullius) وأكثرها من الأموال المنقولة . واليك بعض التطبيقات للاستيلاء فى قانون جوستنيان :

(١) يجوز الاستيلاء على العقارات التى تتكون بفعل الطبيعة دون أن تكون ملحقة بعقارات أخرى وتنشأ فى عرض البحار وكذلك اللآلىء والأحجار الكريمة إذا وجدت فى قاع البحر أو على شاطئه ،

---

(١) وأصبحت من طرق اكتساب الملكية المدنية منذ أوائل الامبراطورية على الأقل فيما يتعلق بالاموال غير النفيسه وبالنسبة لجميع الاموال فى عهد جوستنيان .

(٢) كذلك الحيوانات المتوحشة فيتملكها الشخص بصيدها (la chasse) سواء أحصل هذا الصيد فى أرض مملوكة له أم في أرض مملوكة للغير ولكن فى هذه الحالة للمالك أن يطالب الصائد بالتعويض عن الاضرار التى تكون قد لحقت بأرضه من جراء دخوله فيها للصيد .

وذلك بعكس الحيوانات الأليفة فلا يتملكها الشخص بحيازتها ولو خرجت عن حيازة مالكها الأصلى إذ تبقى الحيوانات المفقودة ملكا لمالكها الأصلى ، ويعتبر الحائز لها بسوء نية سارقاً .

(٣) وتعتبر الأسلاب وغنائم الحرب من الأشياء المباحة ، مع ملاحظة أن هذه الأسلاب أو الغنائم الناتجة من حرب نظامية لا تعتبر مالا مباحاً لمن استولى عليها ، إذ هى ملك للدولة التى تتولى فما بعد توزيعها أو بيعها .

انما يمكن تصور تملك فرد لشىء منقول مملوك لعدو بطريق الاستيلاء في صورة واحدة وهى حالة ما إذا قام نفر أو جماعة أو عصابة من الرومان بالسطو على القبائل البربرية المجاورة لحدود روما واستولوا على أموالهم . فمثل هؤلاء البرابرة يعتبرون من الأعداء إذ ليس بينهم وبين روما أية معاهدة وأموالهم كأشخاصهم حل لمن يستولى عليها .

(٤) الكنز (trésor) وهو كل شىء نفيس مخبأ أو مدفون فى الأرض وليس في مقدور أى شخص أن يثبت ملكيته له ويعثر عليه بمحض المصادفة . فاذا اكتشف المالك كنزاً بأرضه ملكه .

ولكن اختلف الشراح فى بيان السند القانونى الذى ينتهى اليه تملك الشخص الذى يجد كنزاً فى أرضه . فيرى بعضهم أنه يتملكه بطريق الاستيلاء عليه ويرى البعض الآخر [1] ، ورأيهم هو الراجح ، أنه يتملكه بطريق التبعية باعتباره جزءاً أو تابعاً للأرض التى يملكها . وتظهر أهمية التفرقة بين الرأيين المتقدمين فى أنه يشترط في الرأى الأول استيلاء المكتشف على الكنز بالفعل ولا يكفى الاكتشاف وحده كما فى الرأى الثانى .

---

(١) انظر كيك ، طبعة سنة ١٩٢٨ ص ٢١٠ .

وأما إذا كان مكتشف الكنز غير مالك للأرض التى وجد بها فقد كان المستقر عليه قبل عهد الامبراطور أدريان أن يذهب الكنز لمالك الأرض وليس للمكتشف عليه أى حق . ولكن الامبراطور أدريان غير هذا الحكم فمنح المكتشف نصف الكنز تشجيعاً له واعترافا بفضله .

وقد اختلف الشراح أيضا في تكييف السند القانونى الذى يستند اليه تملك المكتشف لنصف الكنز . فبعضهم يرى أن المكتشف يتملك نصف الكنز بحكم القانون مكافأة له على اكتشافه المذكور ، بينما يرى البعض الآخر أنه يتملكه بطريق الاستيلاء باعتباره مالا مباحاً (res nullius) .

(٥) وهناك تطبيق آخر للاستيلاء يتعلق بالاشياء المتروكة (res derelictae) وهى الأموال المنقولة أو الثابتة التى تنازل أصحابها عنها بارادتهم. وحكمها فى عصر جوستنيان أن من يستولى عليها يتملكها باعتبارها مالا مباحاً .

وقد وجد في العصر العلمى تعليل آخر لهذه الحالة وهو أن الشخص الذى تنازل عن ملكه بتركه إياه انما يسلمه بهجره له وتركه إلى شخص مجهول فمن يستولى عليه يتملكه بطريق التسليم (traditio) من المالك الأصلى .

وتظهر أهمية التفرقة بين الرأيين في أن المالك طبقاً للرأى الثانى لا يفقد ملكيته على الشيء بمجرد تركه، بل لا بد من استيلاء شخص آخر عليه .

§ ٢ — التحويل أو التنويع (specificatio)[1]

٢٣٨ — **التعريف** : التنويع هو تغيير نوع الشيء بالصنع ويحصل بايجاد شيء جديد (nova species) كتحويل العنب إلى خمر والزيتون إلى زيت والخشب إلى كراسى والسبيكة إلى حلى .

وتظهر أهمية هذا البحث فى حالة اختلاف الصانع عن المالك للمادة الأولية وعدم الاتفاق بينهما . فلمن تكون ملكية الشيء الجديد؟ أهى لمالك المادة الأولية أم للصانع الذى أوجد الشيء الجديد؟

(١) راجع فى التنويع R. Piccard, Recherches sur l'histoire de la spécification, thèse Lausanne, 1926 ; L. Falletti, L'emploi du terme forma (Mélanges Paul Fournier, 1929, pp. 224 - 228)

٢٣٩ — **قواعده** : قد كان لاختلاف نظريات فلاسفة اليونان من حيث نظرهم الى جوهر الاشياء تأثير كبير فى تقرير أحكام التنويع. ذلك أن أرسطو وأتباعه يرون أن ما يهم فى الاشياء هو مظهرها أو شكلها (forme) ، بينما يرى الرواقيون (les stoïciens) أن المهم فيها هو المادة (matière) التى تتكون منها هذه الأشياء .

وكان لاختلاف فلاسفة اليونان هذا أثره في اختلاف آراء فقهاء الرومان في العصر العلمى. فالسابينيون (Sabiniens) ، وقد تأثروا بالمذهب الصوفي، ذهبوا إلى القول بأن الشيء الجديد ملك لمالك الشيء الاصلى ، فالنبيذ يعتبر ملكا لمالك العنب لأنه استخرج منه . ويرى البروكيليان (Proculiens) عكس ذلك ، فهم يقررون بأن الشيء الجديد يكون ملكا للصانع ، لأن المهم فى هذه الحالة هو شكل الشيء أو صورته الجديدة التى خلقها الصانع لا المادة المتكون منها ، فيكون النبيذ على ذلك لصانعه لا لمالك العنب بطريق الاستيلاء (occupatio) باعتبار الشيء المصنوع فى صورته الجديدة شيئاً جديداً لم يكن له مالك بعد أو بناء على أن الشيء المصنوع يكون ملكا لمن أوجده وهو الصانع .

إلا أن جستنيان لم يأخذ بأحد الرأيين السابقين ، بل اختط سبيلا وسطاً وفرق بين حالتين : حالة التنويع الكامل (spécification parfaite) وحالة التنويع الناقص (spécification imparfaite) . ففى حالة التنويع الكامل ، حيث يتكون شيء جديد لا يمكن اعادته إلى أصله كحالة النبيذ والزيت ، يندثر الشيء القديم بما عليه من الملكية عند صنع الشيء الجديد ، ويصير الشيء الجديد ملكا للصانع (spécificateur) .

أما في حالة التنويع الناقص ، أى فى حالة ما إذا أمكن إعادة الشيء الجديد لأصله كما إذا حولت سبيكة من الذهب الى آنية إذ يمكن اعادة الآنية الذهبية الى أصلها ، يكون الشيء الجديد ملكا لمالك الشيء الأصلى على أن يعوض الصانع عن الزيادة فى القيمة بسبب عمله .

§ ٣ — اكتساب الثمرات (Acquisition des fruits)

٢٤٠ — **الثمرات للمالك** : القاعدة العامة أن منتجات الشيء ملك لصاحبه

سواء أبقيت متصلة به أم انفصلت عنه، وسواء أكانت من الحاصلات (produits) أم من الثمرات (accessio). فاذا كانت متصلة بالشيء فتعتبر جزءاً منه، أما إذا فصلت عنه فالمالك يتملكها بطريق التبعية (accessio) لأنها تعتبر تابعة للشيء الأصلي (accessio cedit principali ; accessorium sequitur principale).

٢٤١ — **تملك المستأجر والمنتفع الثمرات** : إنما قد تكون الثمرات لغير مالك الشيء المثمر اما بناء على حق عيني كالانتفاع أو حق شخصي كالاجارة أو بناء على مجرد وضع اليد على الشيء الذي أنتج الثمرات كما هو حال واضع اليد حسن النية (possesseur de bonne foi).

على أنه يجب التميز بين المستأجر والمنتفع من جهة وبين واضع اليد حسن النية من جهة أخرى من حيث كيفية اكتسابهم الثمرات ومن حيث الأساس القانوني لتملكهم هذه الثمار .

ذلك أن المستأجر والمنتفع يكتسبان ملكية الثمار بالجني (perception) أي بالاستيلاء عليها فعلا ، ولا يكفي في ذلك انفصالها بفعل آخر غير الجني . فاذا سرقت وهي متصلة بالأرض فلمالك الأرض وحده حق استردادها من السارق باعتباره المالك لها وعليه ردها بعد ذلك إلى المستأجر أو المنتفع .

أما عن الأساس القانوني الذي يبنى عليه امتلاكهما الثمرات فيقول الشراح إن المنتفع يتملك الثمرات بنوع من الاستيلاء (occupation) بناء على حقه العيني . أما المستأجر ، وحقه شخصي وليس له سوى الحيازة العرضية ، فله الثمرات بطريق التسليم (traditio) من المالك .

٢٤٢ — **واضع اليد حسن النية** : أما واضع اليد حسن النية فيتملك الثمرات بمجرد انفصالها عن الشيء المثمر (par la séparation) وقبل أن يجنيها لنفسه أو يستحوز عليها ، بحيث إذا فصلت بسرقة الغير فواضع اليد له استردادها ورفع دعوى السرقة دون المالك . وبنوا هذا الحكم على أن واضع اليد محق في تملك الثمرات التي أنتجها عمله في مقابل تعهده الشيء بالعناية والزراعة (Pro cultura et cura)، وعلى أن واضع اليد حسن النية رتب نظام معيشته على هذه الثمار معتقدا أن الشيء ملكه فاذا استرد المالك ملكه بعد ذلك فليس له أن يطالب واضع اليد بالثمار السابقة أو بقيمتها .

هذا هو الحكم الذى انتهى إليه القانون الرومانى فى عصر الامبراطورية ، ولكن الحكم قبل هذا العصر كان مختلفاً . فقديماً كان واضع اليد حسن النية لايتملك الثمرات إلا بمضى المدة المقررة لاكتساب المنقول بطريق التقادم على جنيها .

وأما فى عصر جستنيان فان واضع اليد حسن النية وإن كان يتملك الثمرات بانفصالها إلا أن الامبراطور المذكور فرق بين الثمرات التى استهلكها واضع اليد بالفعل وبين الثمرات الباقية عنده . فقرر أن للمالك الذى يسترد ماله ، الحق فى استرداد الثمرات الباقية دون المستهلكة . وهذا التفريق بين الثمرات المستهلكة والثمرات الباقية منتقد كثيراً من الباحثين فى القانون الرومانى لوجود الحكمة التشريعية فى النوعين (١) .

§ ٤ — التبعية أو الاضافة أو الالتصاق (Accessio)

٢٤٣ — **القاعدة العامة** : الالتصاق أو إضافة الملحقات للملك سبب من أسباب التملك ، بمقتضاه يتملك صاحب الشىء ما اتحد به اتحاداً يتعذر معه فصله منه بغير تلف .

والأصل أنه اذا اتحد شيئان فانه يكون لمالكيهما الحق فى طلب فصلهما . ولكن إذا كان هذا الفصل غير ممكن أو يترتب عليه تلف فان القانون يخول مالك الشىء الأصلى (la chose principale) أن يتملك الكل ، ويعطى صاحب الشىء التابع (la chose accessoire) الذى اتحد بالشى الأصلى تعويضاً ، على الأقل فى الأحوال التى لم يكن فيها سبب الالتصاق بقصد منه .

وقد نقلنا هذا المبدأ المقرر فى القانون الرومانى إلى تشريعاتنا باعتبار أن كل ما يلتحق بالملك يكون مملوكا لصاحب الملك المذكور .

والالتصاق على أنواع ثلاثة :

(١) التصاق عقار بعقار كالطمى (٢) والتصاق منقول بعقار كالبناء (٣) والتصاق منقول بمنقول كاختلاط كميتين من الغلال .

فيصير الشىء التبعى (chose accessoire) ملكا لصاحب الشىء الأصلى

---

(١) راجع جيفار ، طبعة سنة ١٩٣٤ ، الجزء الاول ، ص ٣٩٢ .

(chose principale) سواء أكان ذلك فى حالة التصاق عقار بعقار أم منقول بعقار أم منقول بمنقول .

٢٤٤ — الحالة الأولى : **التصاق عقار بعقار** — يحصل ذلك فى حوادث التغيير التى تقع بفعل تيار المياه فى الأنهار العامة بالنسبة للأراضى الواقعة على شواطئها وصورها أربعة :

الأولى : طمى البحر (alluvio) .

والثانية : طرح البحر (avulsio) .

والثالثة : الجزر المكونة فى وسط النهر .

والرابعة : مجرى النهر المتروك أو المهجور (lit abandonné) .

الصورة الأولى : **طمى البحر** (alluvion) : هو الزيادة التى تحصل تدريجياً وبصفة غير محسوسة بما يضيفه النهر من الطمى إلى الأراضى المجاورة له ، فهو عبارة عن التربة المكونة بجانب الأرض تدريجياً بفعل التيار الطبيعى بما تضيفه المياه إلى الأرض أو بما يتركه المجرى من الشاطىء عند انسحابه إلى الشاطىء الآخر . فهذه الزيادة تكون ملكا لأصحاب الأراضى التى التصقت بها .

الصورة الثانية : **طرح البحر** (avulsio) : هو قطع من الأرض يفصلها النهر بقوة جريانه ويضمها إلى أرض أخرى مقابلة . فهذه الأراضى تبقى ملكا لمالكها الأصلى حتى تنبت جذور الأشجار التى كانت هائمة عليها فى الأرض التى التصقت بها . فاذا أهمل مالكها الأصلى فى المطالبة بها مدة تكفى لتثبيت الجذور فيها فانها تصبح تابعة لها وملكا لمالك الأرض التى التصقت بها .

الصورة الثالثة : **الجزر المكونة فى وسط النهر** : وهى التى تنشأ فى مجرى النهر من تراكم الطمى ، وتكون ملكا لأصحاب الأراضى المقابلة للجزيرة .

وقد تصور الرومان لتوزيع الجزيرة على أصحاب الأراضى المقابلة خطا وهمياً يشق النهر قسمين متساويين فيمنح أصحاب الأراضى المجاورة ما يقع من الجزيرة فى النصف المقابل لأرضهم .

ويجب التميز بين الجزر التى تكونت بفعل تراكم الطمى فى مجرى النهر عن التى تكونت من شق النهر للأراضى الموجودة على ضفته فهذه الجزر تبقى ملكا لصاحبها الأصلى .

الصورة الرابعة : *مجرى النهر المتروك* (lit abandonné) : أى الذى تحول عنه النهر إلى جهة أخرى . فمجرى النهر المهجور هذا يكون ملكا لأصحاب الأراضى المقابلة له ويوزع بنفس القاعدة المقررة فى الصورة المتقدمة .

٢٤٥ — الحالة الثانية : **التصاق منقول بعقار** : قد يحدث أن يلتصق منقول بعقار بحيث لا يمكن فصلهما بعضهما عن بعض بدون ضرر أو تلف . وقد نص القانون الرومانى على صورتين لهذه الحالة وهما البناء والغراس .

فقد يحدث أن يبنى شخص على أرض مملوكة له بأدوات ومهمات مملوكة للغير أو يقوم ببناء على أرض مملوكة للغير بأدوات ومهمات مملوكة له .

الصورة الأولى : *البناء على أرض البانى بأدوات ومهمات مملوكة للغير* : تعتبر الأرض فى هذه الحالة الشىء الأصلى والبناء الشىء التبعى ، فيكون البناء مملوكا لصاحب الأرض بالتبعية . أما عن حق صاحب المهمات فى التعويض قبل المالك ، فيجب فيه التفريق بين ما إذا كان البانى حسن النية أو سىء النية . فان كان حسن النية أى يعتقد أن الأدوات والمهمات ملكه ، فانه يتملك البناء ، إنما لصاحب الأدوات أن يطالبه بضعف قيمة المهمات . ولكن ليس لصاحب الأدوات مطالبة البانى بهدم البناء وتسليمه الأدوات التى أخذت . على أن لمالك المهمات أو الأدوات إذا انهدم البناء لأى سبب كان ، سواء بفعل البانى أو بفعل خارج عن ارادته ، الحق فى المطالبة بمهماته بشرط ألا يكون قد حصل على التعويض .

أما إذا كان البانى سىء النية ، أى يعرف أنها ملك الغير . فى هذه الحالة يتملك المالك البناء بالتبعية أيضاً ، إنما للمالك مطالبته بتسليم الأدوات المذكورة . ولما كان هذا التسليم غير ممكن مادام البناء قائماً فانه يحكم عليه فوق الضعف بتعويض الضرر الذى لحق صاحب المهمات بسبب حرمانه من أدواته وكذلك يبقى حق المالك للأدوات فى استردادها إذا ما انهدم البناء لأى سبب كان ولو كان قد أخذ تعويضاً عنها .

الصورة الثانية : **البناء على أرض الغير بأدوات مملوكة للباني** : فى هـذه الحالة أيضا يكون البناء ملكا لصاحب الأرض بالتبعية ، ولصاحب الأدوات التعويض. ولكى نعرف مقدار التعويض يجب أن نفرق بين حالتين :

الأولى : اذا كان البانى حسن النية

الثانية . اذا كان البانى سيء النية

فاذا كان البانى حسن النية ، أى كان يعتقد أن الأرض التى بنى عليها ملكه ، ثم ظهر المالك الحقيقى، فيكون البناء ملكا لمالك الأرض الحقيق ، انما عليه أن يعوض البانى حسن النية ، وللبانى أن يحبس العين تحت يده حتى يدفع المالك قيمة التعويض، وهو أحد أمرين يخير المالك بين دفع أيهما ، فيكون مخيرا بين دفع قيمة المهمات أو الأدوات وأجرة العملة ، وبين دفع ما زاد فى قيمة الأرض بسبب البناء (plus value) . انما اذا خرج العقار عن يده فلا حق له قبل المالك المسترد حتى يتهدم البناء ، فيكون له حينئذ الحق فى استرداد أدواته التى استخدمها فى البناء .

وأما اذا كان البانى (واضع اليد) سيء النية ، أى يعلم أن الأرض مملوكة للغير . فلا حق له فى التعويض اطلاقا من المالك ، انما له اذا كان حائزا للعقار ازالة البناء بشرط ألا يضر الهدم بالعقار . وله استرداد الادوات متى انفصلت عن الأرض لأى سبب كان .

أما فى حالة الغراس ، فاذا غرس شخص أشجارا مملوكة للغير بأرضه بحسن نية فانه يتملك هذه الأشجار باعتبارها تابعة وانما عليه تعويض مالكها عن قيمتها .

واذا كان الغارس أو الزارع سيء النية فانه يطالب بتعويض كل الضرر الذى لحق مالك البذور أو الأشجار بسبب حرمانه من بذوره أو أشجاره (لا بالقيمة فقط).

ويلاحظ أن الغراس يختلف عن البناء في أنه إذا انفصل عن الارض فليس لمالكه الأصلى أن يطالب به ، لأن الأشجار المغروسة تكون قد تغيرت بالنمو بما تغذته من الأرض فى هذه المدة .

٢٤٦ ــ الحالة الثالثة : **اتصال منقول بمنقول** : يجب علينا فى هـذه الحالة أن نفترض أن المنقولين مملوكان لشخصين مختلفين وأن الاتصال لم يكن بناء على اتفاق

سابق بين المالكين، وإلا كان مصيرهما طبقا لهذا الاتفاق . كذلك يجب أن ينشأ من الالتصاق شيء جديد أو على الأقل أن يتحد المنقولان اتحادا لا يمكن فيه فصل أحدهما عن الآخر بدون كسر أو تلف أو أن يستحيل الفصل مطلقا ، كاستخدام حرير الغير فى تطريز معطف أو كتركيب عجلة فى عربة أو تصوير صورة على لوحة أو اختلاط كميتين من الغلال أو مقدارين من النبيذ أو كتابة كتاب على ورق أو قرطاس مملوك للغير.

فلمن الشيء الجديد؟ إن المبدأ المقرر هو أن المادة التى استعملت فى التطريز أو التى استعملت فى الكتابة تصبح ملكا لمالك القماش أو الورقة باعتبار أن القماش أو الورقة (القرطاس) هى الشيء الأصلى وأن أدوات التطريز أو الكتابة هى الشيء التبعى ولا عبرة بالقيمة فى تمييز الشيء الأصلى عن الشيء التبعى . أما فيما يتعلق بالتصوير فقد قرر الشراح الرومان بأن الصورة تكون ملكا للمصور ، وذلك لأنهم لم يشاءوا أن ينزلوا بحذق المصور فيجعلوه تابعا للوحة ، وهى شيء تافه وعديم القيمة بجانب حذق المصور وإتقانه لفنه .

ويلاحظ أن هذا الحكم يختلف عن الحكم السابق ذكره بالنسبة للكتابة إذ اعتبرت الكتابة تابعة للقرطاس ، ويرجع السبب فى ذلك الى أن الرومان كانوا لا يرون في الكتابة سوى حروف مرصوصة لا تستلزم في الكاتب حذقا أو مهارة فنية.

ويجب التفرقة بين الالتصاق (accessio) من جهة وبين الخلط (commixtio) أو المزج (confusio) من جهة أخرى ، وهو اختلاط أشياء مثلية بعضها ببعض كنبيذ أو قمح. وحكم هذا الاختلاط أن يصبح الشيء الممزوج أو المخلوط ملكا بالمشاع للمالكين كل منهما بمقدار نصيبه ، ويكون لكل منهما طلب قسمة المزيج أو المخلوط . (١)

المبحث الثانى ـ فى الطرق الاختيارية الناقلة للملكية

٢٤٧ — **نقل الملكية بالتراضى :** ننتقل الآن الى الكلام على الطرق الاختيارية لنقل الملكية أى الى الكلام على نظرية نقل الملكية بالتراضى. ويجب أن نلاحظ مبدئيا

(١) راجع جيرار ، طبعة ١٩٢٩ ، ص ٣٥١ .

أن التراضى أو الاتفاق (convention) لم يكن كافيا فى القانون الرومانى لنقل الملكية بل لاتنشأ عنه سوى التزامات أى حقوق شخصية. أما الملكية فلا بد لانتقالها من عمل قانونى مستقل عن الاتفاق أو بعبارة أخرى من طريقة لنقل الملكية (mode de transfert).

٢٤٨ — **طرق نقل الملكية** : وطرق نقل الملكية الاختيارية ثلاثة الاشهاد والدعوى الصورية وكلاهما تابع للقانون المدنى، والتسليم وهو من نظم قانون الشعوب .

ولم يبق من هذه الطرق فى عهد جوستنيان سوى التسليم بعد زوال الاشهاد والدعوى الصورية ، وقد استخدم الرومان الاشهاد والدعوى الصورية حتى العصر العلمى فى نقل الملكية على الأموال النفيسة والتسليم فى نقل الملكية على الأشياء غير النفيسة .

٢٤٩ — **القواعد المشتركة بين الطرق المتقدمة** : ويشترط فى جميع الطرق الثلاثة المذكورة أن يكون الناقل مالكا وأهلا للتصرف . إذ لا يملك شخص أن يملك مالا يملك . إلا أن لهذه القاعدة استثناءات فقد يكون للشخص حق نقل ملكية شيء دون أن يكون مالكا له كالوصى والقيم بالنسبة لأموال الخاضعين لوصايتهم أو قوامتهم ، وقد يكون مالكا وأهلا للتصرف دون أن يكون قادراً على نقل ملكية أموال معينة كعقارات الدوطة أو الاشياء المتنازع عليها .

وتحوى هذه الطرق الثلاثة عناصر مادية تعطيها صفة العلنية وتؤدى إلى اشهار التصرف وكانت هذه العلنية مكفولة بالاشهاد الذى يتم بحضور شهود وبالدعوى الصورية التى تتم أمام القاضى وبنقل الحيازة الفعلية فى التسليم .

§ ١ — الاشهاد (Mancipatio)

٢٥٠ — **تطبيقات** : الاشهاد إجراء يتم بالسبيكة والميزان (per aes et libram) . ويستخدم بالنسبة للأشخاص الأحرار والأشياء النفيسة . فيستخدم لاكتساب السلطة الزوجية فى حالة انعقاد الزواج بالشراء (coemptio)، أو لاخضاع ولد لسلطة الغير (in mancipio) ، أو كطريقة غير مباشرة لتحقيق التبنى أو التحرير كما سبق بيانه في كتاب الأشخاص ، وسنجد الاشهاد أيضاً كطريقة لانشاء حقوق الارتفاق .

على أن الغرض الأول والمهم من الاشهاد كان نقل الملكية وربما كان الغرض الوحيد الذى يؤديه الاشهاد فى العصر العلمى .

وقد كان الاشهاد مستعملا قبل الألواح الاثنى عشر وظل كذلك طول العصر العلمى ، ثم ضاع كل أثر له في عهد جوستنيان .

٢٥١ — **اجراآت الاشهاد** : تنحصر هـــذه الاجراءات ، كما يصفها لنا (Gaius) في :

(١) وجود بعض أدوات هى الميزان وقطعة من النحاس

(٢) وحضور شخص حامل للميزان (libripens)

(٣) وحضور خمسة شهود بالغين من الذكور

(٤) وحضور الطرفين بمجلس العقد وكذلك وجود المال المراد نقل ملكيته إن كان منقولا أو ما يرمز اليه به إن كان عقارا . وتبدأ اجراءات الاشهاد بأن يقبض المكتسب (acquéreur) على الشىء المراد نقل ملكيته (manu capere) ثم يعلن ملكيته له طبقاً للقانون الرومانى (jus quiritium) ، مع بيان سبب تملكه (الشراء (emptio) مثلا) ، ثم يضرب الميزان بقطعة النحاس ويسلمها إلى الناقل (aliénateur) كثمن للمبيع (quasi pretio) وكل ذلك دون أن يفوه الناقل بكلمة .

وسندرس فيما يلى التطور التاريخى للاشهاد ثم آثاره ودائرة استعماله في العصر العلمى .

٢٥٢ — **تاريخ الاشهاد** : فالاشهاد باجراءاته المتقدمة طريقة رسمية وصورية لنقل الملكية . فهو صورة لعقد البيع (venditio imaginaria) مع تصوير وزن ثمن غير حقيقى .

لكن هذه الاجراءات الصورية كباقى الاجراءات الشكلية الأخرى كانت فى الأصل اجراءات حقيقية تتم بالفعل لتحقيق أغراض معينة وهو ما ستتبينه من دراستنا لتاريخ الاشهاد .

٢٥٣ — **الاشهاد فى الاصل بيع حقيقى بثمن معجل** (vente avec pesée):

فقد كان الاشهاد بيعاً حقيقياً (vente réelle) قبل أن يصير بيعاً صورياً (vente fictive) وذلك في العهد الذي كان فيه النحاس هو الاداة الوحيدة للتعامل بين الرومان ، فالثمن كان سبائك من النحاس تسلم إلى البائع ، ولذلك وجد الميزان في عملية الاشهاد لوزن الثمن الذي كان في ذلك العهد معجلا في كل البيوع .

واذا حللنا اجراءات الاشهاد الأخرى وجدنا أن قبض المشترى للمبيع (manu capere) يفيد أن المبيع من المنقولات وهو ما يؤدى بنا إلى الاعتقاد بأن الاشهاد يرجع إلى العهد الذى كانت الملكية فيه مقصورة على المنقول دون العقار . ولما كانت الألواح الأثنى عشر قد نصت على الملكية العقارية بالنسبة لأموال الأسرة (heredium) أمكننا القول بأن الاشهاد يرجع إلى ما قبل عهد قانون الألواح الاثنى عشر أو بعبارة أخرى إلى ما قبل عهد الجمهورية . ثم شمل الاشهاد العقار بعد أن زال شرط وجود المبيع فى مجلس العقد والاكتفاء بما يرمز اليه فيه .

أما عن اشتراط حضور خمسة شهود فى عملية الاشهاد ، فقد ذهب فى تفسيره بعض الشراح إلى أنهم كانوا يمثلون الطبقات الخمس للشعب طبقاً للتقسيم الذى قرره سرفيوس تليوس، لما يترتب على الاشهاد من نقل الملكية على أموال نفيسة يهم الشعب جميعه أمرها . وذهب فريق آخر (Giffard, Collinet) إلى القول بأن الشهود الخمسة كانوا من أفراد العشيرة (gentiles) التى ينتمى اليها العاقدان ، يحضرون فى العقد لضمان نقل الملكية . [١]

٢٥٣ — **ثم صار بيعاً صوريا** (vente fictive) : غير أن الاشهاد تحول فيما بعد إلى بيع صورى لا يوزن فيه الثمن بالفعل بل يرمز اليه فقط بقطعة من النحاس عديمة القيمة . ولكن ما تاريخ هذا التطور ؟

يرى جيرار (Girard) أن هذا التطور قد تم منذ تاريخ قانون الألواح ، بدليل أن الاشهاد كان يستخدم منذ عهد الألواح الاثنى عشر كوسيلة لنقل الملكية ولو لم يوزن الثمن بالفعل بمجرد تمام الاجراءات الأخرى أى ولو كان الثمن صورياً. [٢]

---

(١) راجع جيرار ، طبعة ١٩٢٩ ، ص ٣١٠ هامش ١ - وجيفار ، طبعة ١٩٣٤ ، الجزء الاول ، ص ٣٥٩ ، هامش ٣ .

(٢) راجع جيرار ، طبعة ١٩٢٩ ، ص ٣١٠ .

ويرى آخرون ومنهم (Appleton) [١] بأن الثمن استمر العمل على وزنه بالفعل فى عملية الاشهاد بعد قانون الألواح الاثنى عشر بزمن طويل ، إما لأن النقود المضروبة لم تكن قد عرفت بعد ، وإما لأن النقود — وان سلم بظهورها فى ذلك العهد — فقد كانت فى الغالب قديمة الاستعمال بحيث كانت تستلزم وزنها دائماً لتقدير قيمتها . ولذلك يرى هذا الفريق الأخير استبعاد قانون الألواح الاثنى عشر عند تعيين تاريخ هذا التطور .

وكل مايمكن تأكيده فى هذا الصدد هو أن وزن الثمن صار صورياً منذ القرن الخامس لروما بظهور النقود كأداة للتعامل . ويحدد (Cuq) هذا الوقت بظهور النقود الفضية، أى سنة ٤٨٦ من تاريخ روما أو سنة ٢٦٨ قبل الميلاد [٢] . ولكن بقى الميزان والسبيكة فى عملية الاشهاد كأثر من آثارها الاولى . وبذلك أصبح الاشهاد بيعاً صورياً فقط إذ السبيكة أو قطعة النحاس التى يسلمها المكتسب للناقل كانت فى الواقع عديمة القيمة .

وهكذا بقى الاشهاد باجراءاته الشكلية الأولى مع تغير وظائفه واتساع أغراضه .

٢٥٤ — **واخيراً صار طريقة مجردة لنقل الملكية** (acte abstrait de transfert) : أصبح الاشهاد حينئذ طريقة عامة لنقل الملكية على الأموال النفيسة

(١) فقد يستخدم الاشهاد لنقل الملكية تنفيذاً لعقد بيع ولنقل ملكية البيع إلى المشترى .

(٢) وقد يستخدم لنقل الملكية فى غير حالة البيع ولو بدون مقابل لتحقيق هبة ، أو على سبيل الدوطة ، أو لتنفيذ وصية أولتقرير ضمان عينى ، وفى هذه الأحوال كلها يتم الاشهاد بثمن صورى (nummo uno).

وهكذا أمكن استخدام الاشهاد فى عقود كثيرة، ولتحقيق أغراض شتى. وهو ما يعبرون عنه بقولهم إن الاشهاد عمل مجرد acte abstrait) أى مجرد عن سببه . فالملكية تنقل بناء على الاشهاد بمجرد تمام اجراءاته، ولو اختلف الطرفان على السند الذى استند اليه . (الموسوعات ٤١ ، ١ ، ٣٦)

---

(١) انظر « Appleton » فى المجلة العامة للقانون ، سنة ١٩٢١ ، (La Revue Générale de Droit. 1921)

(٢) انظر كيك ، طبعة سنة ١٩٢٨ ، ص ٢٧٣ .

٢٥٥ — **زوال الاشهاد فى عهد جستنيانه** : بقى الأشهاد معمولا به فى العصر العلمى كما يؤيد ذلك بعض العقود المحفوظة لدينا من العصر المذكور . غير أنه أصبح منذ القرن السادس لروما إجراء صوريا ، فالثمن أصبح لا يوزن بالفعل ، وصار الأشهاد يتم بالكتابة . ثم انه صار غير ضرورى لنقل الملكية على الأموال النفيسة . فضلا عن أنه لا يستعمل إلا نادراً فى الامبراطورية الرومانية الشرقية . وأخيراً زال فى عهد جوستنيان . ولذلك سنقتصر على بيان آثاره ونطاقه فى العصر العلمى .

٢٥٦ — **آثار الاشهاد فى العصر العلمى** : يترتب على الأشهاد نقل الملكية الرومانية (dominium ex jure quiritium) فى الحال من الناقل المالك إلى المكتسب ، ولو لم ينقل الحيازة فعلا إلى الأخير . أو ولو لم يكن الأول واضعاً يده على العقار الذى أراد نقل ملكيته .

ولكن المهم معرفته هو تعيين الوقت الذى تنتقل فيه الملكية إلى المشترى فى حالة تمام الأشهاد تنفيذاً لعقد بيع (vendendi causa) . وذلك لأن أغلب الشراح يرون أن الملكية لا تنقل بالأشهاد فى حالة البيع إلا إذا كان الثمن قد دفع بالفعل . وهذه القاعدة — أى تعليق نقل الملكية على دفع الثمن — قررها جوستنيان بخصوص التسليم (instutes,2,1,41) . ويرى هذا الفريق من الشراح أن كلمة التسليم في النص المذكور قد أدخلها جوستنيان نفسه وإن كان النص في الأصل خاصاً بالأشهاد .

ويرى فريق آخر من الشراح (Giffard, Collinet) [١] أن الملكية كانت تنتقل بمجرد تمام اجراءات الأشهاد ، بغض النظر عن دفع الثمن ، كنتيجة لرسمية الاجراءات (formalisme) . فالاشهاد ، وهو عمل مجرد (acte abstrait) ينقل الملكية بمجرد تمام إجراءاته مجرداً عن أى اعتبار آخر . إنما من المحتمل جداً أن البائع كان يحتاط لنفسه بعدم اجراء الأشهاد قبل قبضه الثمن بالفعل .

٢ — كذلك يترتب على الأشهاد ضمان البائع استحقاق المبيع (éviction)

(١) انظر جيفار ، طبعة ١٩٣٤ ، الجزء الاول ، ٣٩٢ .

بمعنى أنه إذا اتضح أن الناقل يتصرف فى ملك غيره واسترده صاحبه ألزم الناقل برد ضعف الثمن المذكور فى الاشهاد إلى المكتسب (acquéreur) وذلك بدعوى الضمان (actio auctoritatis) .

٣ — كذلك يضمن الناقل مساحة الأرض المبيعة كما حدها البائع فى الاشهاد ، بمعنى أنه إذا ظهر أن قدر الأرض المبيعة ناقص عن المقرر فى الاشهاد وجب عليه أن يرد ضعف ثمن القدر الناقص وذلك بالدعوى المسماة (actio de modo agri)

٢٥٧ — *دائرة استعمال طريقة الاشهاد* : لما كان الأشهاد من النظم المقررة فى القانون المدنى ، كان استخدامه مقصوراً على الرومان واللاتينيين القدماء. ولكن سمح باستخدامه فيما بعد للاتينيين المستعمرين وكذلك للأجانب الذين منحوا حق التعامل (commercium) .

ولكن ما هى الاشياء التى يصح نقل ملكيتها بالاشهاد ؟ الأصل فى الاشهاد أنه مقصور على الأموال النفيسة ، بل هو الطريق الضرورى لنقل الملكية الرومانية على هذه الأموال . فلا يجوز استخدامه لنقل ملكية الاموال غير النفيسة .

على أن الامر، وإن كان كذلك فى القانون القديم، فقد تغير الحال فى العصر العلمى. ذلك أن هناك نصوصاً ترجع إلى القرن الثانى من الميلاد تفيد استخدام الاشهاد فى نقل الملكية على بعض الاموال غير النفيسة كاللآلىء والاشياء الثمينة والاراضى الاقليمية .[١]

§ ٢ — الدعوى الصورية (L'in jure cessio)

٢٥٨ — *طبيعة الدعوى الصورية وحالاتها* : إذا كان الاشهاد بيعا صورياً فالدعوى الصورية اجراء صورى أيضاً . وقد رأينا فى دراستنا السابقة تطبيقات عدة للدعوى الصورية فى باب العتق والتبنى والوصاية . وسنرى تطبيقا لها فى تقرير حقوق الارتفاق . وهى كالاشهاد منصوص عليها فى قانون الألواح الاثنى عشر ، ويرى بعض الشراح بأنها تقررت لتكملة طريقة الاشهاد ، فهى لاحقة للاشهاد من حيث تاريخ ظهورها[٢].

---

(١) راجع جيفار ، طبعة ١٩٣٤ ، الجزء الاول ، ص ٣٦٣ .

(٢) جيرار ، طبعة ١٩٢٩ ، ص٣١٥ - فرانسسكى ، Francisci ، فى كتابه ، Il Trasferimento ص١٢٩ هامش ١ .

٢٥٩ — **اجراءاتها** : اذا استخدمت الدعوى الصورية كطريقة لنقل الملكية فانها ترفع فى صورة دعوى الاسترداد . فيحضر الطرفان أمام الحاكم القضائى ، ويقرر المكتسب وهو قابض على الشىء المراد نقل ملكيته اليه بأنه مالك له طبقا لأحكام القانون المدنى ، ثم يسأل البريتور الناقل إذا كان لديه وجه للاعتراض، فاذا سكت أو أجاب سلباً ، حكم القاضى بالحاق الشىء بملك المكتسب .

والدعوى الصورية عمل من أعمال ولاية البريتور الادارية لا القضائية ، فله مباشرته حتى خارج المحكمة أو في غير الأيام المحدودة للتقاضى .

٢٦٠ — **مجال تطبيق الدعوى الصورية** : لاشك فى جواز استخدام الدعوى الصورية لنقل الملكية على الأشياء النفيسة. الا أنها كانت فى الواقع نادرة الاستعمال فيالاشياء النفيسة. وغير مفيدة فى نقل ملكية الأموال غير النفيسة. لاستخدام العاقدين غالباً طريقة الاشهاد فى نقل ملكية الأموال النفيسة ، والتسليم فى غيرها .

٢٦١ — **آثارها** : يترتب عليها نقل الملكية الرومانية كالاشهاد. وانما لا يترتب على هذه الطريقة حق الضمان فى حالة نقل ملك الغير أو ظهور نقص فى مساحة المبيع . وهى فضلا عن ذلك تستلزم حضور الطرفين أمام القاضى بحجة الفصل فى النزاع ، وفى هذا من المضايقة ماأدى إلى زوالها عملا قبل الاشهاد ، وأصبح لا أثر لها منذ عهد الامبراطور دقلديانوس (٢٨٤ — ٣٠٥ م) .

§ ٣ — التسليم (Traditio)

٢٦٢ — **تعريف** : هو طريق غير شكلى لنقل الملكية تابع لقانون الشعوب ومبنى على نقل وضع اليد . فهو ينحصر في مناولة الشىء المراد نقل ملكيته يداً بيد. ولذلك يذهب كثير من الشراح الى اعتبار التسليم أحدث تاريخاً من الاشهاد والدعوى الصورية، ويرى بعض الشراح الآخرين أنه ليس هناك مايمنع من الاعتقاد بوجود التسليم فى القانون القديم ، لنقل ملكية السبائك والدواب الصغيرة (petit bétail) كالغنم والمعز .

٢٦٣ — **مجال تطبيق طريقة التسليم** : كان يستخدم التسليم فى العصر العلمى فى أحوال أربعة .

١ — لنقل الملكية الرومانية على الاموال غير النفسية(res nec mancipi).
٢ — ولتقرير الملكية البريتورية على الأموال النفيسة (res mancipi).
٣ — ولنقل الملكية الأجنبية فيما بين الأجانب .
٤ — ولاكتساب الملكية الاقليمية على الاراضى الاقليمية .

أما فى عصر جوستنيان فقد توحدت صور الملكية المختلفة وصار التسليم هو الطريق الوحيد لنقل الملكية على جميع الأشياء .

٢٦٤ — *شروط* : والتسليم عبارة عن نقل وضع اليد من شخص الى آخر مصحوبا باتفاق الطرفين على نقل الملكية من المسلم (tradens) الى المتسلم (accipiens) . أى أن التسليم الناقل للملكية يتكون من عنصرين ، عنصر مادى وهو نقل وضع اليد (cessio possessionis) ، وعنصر معنوى وهو النية المتبادلة بالتمليك والتملك ويعبر عنه بالسبب الصحيح (justa causa) .

٢٦٥ — *العنصر المادى أى نقل وضع اليد* : وهو أن يوضع الشيء المراد نقل ملكيته تحت يد المكتسب . وكان يشترط في التسليم قديماً أن يحصل فعلا ومادياً . ويكون هذا فى المنقول بالمناولة يداً بيد . وفى العقار بأن يصحب الناقل المكتسب إلى العقار ويمكنه من الاستيلاء عليه فعلا بأن يرافقه في كل أجزاء العقار .

إلا أن هذا الركن المادى تحرر تدريجيا من صفته المادية ، وصار يكفى فى العصر العلمى أن يوضع الشيء المراد نقل ملكيته تحت تصرف المكتسب كما يظهر ذلك من الأحوال الآتية :

(١) التسليم باليد الطويلة (traditio longa manu) — يكفى اذا كان العقار المراد نقل ملكيته شاسعاً ، أن يرتفع الطرفان الى أرض عالية تشرف على العقار المراد نقل ملكيته ، ويبين المسلم الى المتسلم حدوده معلناً تسليمه إياه . هذا التسليم الذى يتم بعيداً عن العقار قد نقل الى القانون الفرنسى القديم وأسماه الشراح بالتسليم باليد الطويلة .

(٢) التسليم الرمزى (traditio symbolique) — اذا أريد نقل وضع اليد على عقار مبنى أو مال منقول فيكتفى بتسليم رمزى . فمثلا بالنسبة للمنزل يكتفى

بتسليم مفاتيحه دون الحاجة الى تفقد كل الحجرات ، وبالنسبة للمنقول كقمح مثلا بتسليم مفتاح المخزن المحتوى على القمح المبيع .

(٣) التسليم باليد القصيرة (traditio brevi manu) — يكون ذلك عند ما يكتسب الحائز ملكية الشيء الموجود تحت يده . فبا كتسابه الشيء يعتبر واضع يد بعد أن كان حائزا فقط ، وهذا يتم بتغيير النية وحدها دون حاجة الى تسليم مادى من الناقل الى المكتسب . مثال ذلك اذا ما اشترى المستأجر الشيء المؤجر.

(٤) (constitut possessoire) — وهى الحالة العكسية للمتقدمة وهى عبارة عن أن ينقل شخص ملكه الى آخر ويبقى حائزا له بصفته مستأجراً أو منتفعاً مثلا. فالمكتسب يكسب وضع اليد بنيته وحدها (animo solo).

ولم تكن الأحكام المتقدمة المتعلقة بطريق نقل الملكية متبعة فى بلاد الأغريق وفى مصر ، بل جرى العرف على تحرير عقدين ، أحدهما لأثبات البيع والآخر لاثبات نقل الملكية [١]. وقد أثر هذا العرف فى حكم القانون الرومانى فى العصر البيزنطى فنص فى مجموعة القوانين لجوستنيان (Code, 8, 33, 1) على أن نقل وضع اليد يمكن أن يتم بتسليم سندات الملكية (traditio instrumenti) ، أى بدون اشتراط استيلاء المكتسب بالفعل على الشيء المراد نقل ملكيته اليه .

٢٦٦ — **العنصر المعنوى أو السبب الصحيح** [٢] (justa causa) : لايكفى التسليم المادى ، أى نقل وضع اليد ، لنقل الملكية ، بل يشترط أن يستند التسليم الى سبب صحيح يفيد نقل الملكية . ذلك أن يكون عند المسلم (tradens) نية نقل الملكية ، وعند المتسلم (accipiens) نية اكتسابها . هذه النية المتبادلة هى التى تسمى بالسبب الصحيح . وقد يكون السبب الصحيح عقداً ، كبيع أو هبة أو بدل أو عارية استهلاك ، حيث التفاهم تام بين الطرفين فى كل هذه العقود على نقل الملكية . وقد يكون عملا قانونياً من طرف واحد كوصية أو الوفاء بدين .

---

(١) انظر كيك ، طبعة ١٩٢٨ ، ص ٢٦٩ ، ٢٧٠ .

(٢) راجع A. Ehrhardt, Justa Causa traditionis 1930. R. Monier, le malentendu sur la causa traditionis (Studi Bonfante, 111, pp 217-231).

غير أن فقهاء العصر العلمى وصلوا الى اعتبار السبب الشرعى متوافراً اذا صدرت نية التمليك المتبادلة بين الطرفين ، ولولم تستند الى عقد صحيح ، سواء ترتبت على خطأ فى وجود العقد أم على خطأ فى طبيعة العقد أم على عقد غير جائز . أو بعبارة أخرى سواء أنشأت عن عقد غير قائم فى الواقع ، أم عن عقد ساء فيه تفاهم الطرفين على الغرض من نقل الملكية، أو عن عقد قائم فى الواقع ولكنه مخالف للقانون.

ومن أمثلة ذلك فى الحالة الأولى (حالة الخطأ فى وجود العقد) أن يسلم شخص آخر أشياء وفاء لعهد أو التزام غير موجود بينهما مع اعتقادهما خطأ وجوده ، وفى الحالة الثانية (الخطأ فى طبيعة العقد) أن يعطى شخص لآخر نقوداً على أنها قرض فيتسلمها الآخر معتقداً أنها هبة ، وفى الحالة الثالثة (حالة حصول التسليم بناء على عقد غير جائز) أن يقدم شخص لآخر أموالا وفاء لاتفاق بينهما على أمر مناف للآداب .

فالرأى الغالب بين فقهاء الرومان أن السبب الشرعى متوافر فى الأحوال المتقدمة لوجود نية نقل الملكية عند المسلم ونية اكتسابها عند المتسلم . ويترتب على التسليم فى الأحوال المتقدمة نقل الملكية الى المتسلم ، بحيث لا يستطيع المسلم بعد ذلك عند وضوح الخطأ أو بطلان العقد أن يسترد هذه الأشياء اذا انتقلت الى يد الغير ، بل لا يستحق إلا تعويضاً عن قيمتها .

أما اذا لم تتوافر النية المتبادلة على نقل الملكية بين الطرفين فلا يترتب على التسليم نقل الملكية ، كما فى الأحوال الآتية :

(١) اذا سلم شخص الى آخر شيئا على أنه وديعة أو اجارة فتسلمه الآخر على أنه هبة أو بيع فلا تنتقل الملكية الى المتسلم إذ ليس لدى المسلم نية نقل الملكية ، ويكون لهذا الأخير استرداد ملكه فى أى وقت .

(٢) اذا كان أحد الطرفين عديم الأهلية (مجنونا أو طفلا أى لم يبلغ سبع سنين) ، إذ كل من المجنون أو الطفل عديم التمييز ، ولا يتصور قيام النية عند أحدهما وهو عديم الارادة .

(٣) إذا ساء تفاهم الطرفين على محل العقد كما اذا باع شخص لآخر عقاره

الموجود في روما واعتقد الآخر أنه يشترى العقار الموجود بمصر ، فتسليم العقار الأول لاينقل ملكيته إلى المشترى، لعدم توافق الطرفين على نقل ملكية شيء واحد .

٢٦٧ — *طبيعة التسليم وأثره* : أصبح التسليم بناء على ماتقدم عملا مجردا عن سببه . فهو ينقل الملكية ولو لم يستند الى عقد صحيح أو موجود بالفعل ، بل يكفى توافر نية نقل الملكية لدى المسلم واكتسابها عند المتسلم . فصار التسليم كالاشهاد طريقة مجردة لنقل الملكية .

ويترتب على التسليم نقل الملكية فى الحال وانما يجوز في التسليم خلافا لطريقة الاشهاد أو الدعوى الصورية تأجيل نقل الملكية أو تعليقه على شرط واقف . والأجل هو حادثة محققة الوقوع فى المستقبل . كما اذا قرر الواهب بأن الموهب له يصبح مالكا بعد سنتين . والشرط الموقف هو حادثة منتظرة فى المستقبل غير محققة الوقوع يتوقف على تحقيقها وجود العقد ، كما اذا وهب شخص الى آخر منزله اذا رزق بولد . فلا تنتقل الملكية فى هاتين الحالتين الا عند حلول الأجل أو تحقيق الشرط .

كذلك اذا حصل التسليم تنفيذاً لعقد بيع فان نقل الملكية الى المشترى يبقى معلقا على دفع الثمن ، الا اذا اتفق الطرفان على ما يخالف ذلك ، اما صراحة كما اذا اتفقا على تأجيل الثمن ، أو ضمناً كما اذا قدم المشترى للبائع ضمانا للثمن .

٢٦٨ — *الخلاصة — نقل الملكية الاختيارى فى عهد جوستنيان* : يجب كقاعدة عامة لنقل الملكية بالتراضى فى عصر جوستنيان استخدام طريقة (mode) لذلك وهى التسليم أى نقل وضع اليد . فالاتفاق وحده لايكفى لنقل الملكية بل لابد من التسليم : انما لايشترط فى التسليم أن يكون مادياً (traditio corporalis) بل قد يكون حكمياً (ficta) كما سبق بيانه ويكتفى فيه بتغيير النية . فكأن القانون الرومانى كاد يقرر المبدأ المقرر فى قانون نابليون ، وهو نقل الملكية بمجرد التراضى . ولايخفى مافى هذا المبدأ من الخطر على مصالح الغير ، اذ يساعد على إخفاء التصرف فى الملكية، الأمر الذى أدى الى التفكير فى ضمان علنية التصرفات الناقلة للملكية فى العصر البيزنطى بوسائل شتى ، أهمها تسجيل العقود فى سجلات المحاكم أو البلديات [1].

(١) انظر Cornil, Droit Romain, p 496 - 498: Cuq. pp 269 - 270.

المبحث الثالث — فى الطرق الاجبارية الناقلة للملكية

الطرق الاجبارية الناقلة ثلاث : ١ — التملك بمضى المدة ٢ — نقل الملكية بنص القانون ٣ — نقل الملكية بحكم القاضى.

§ ١— التقادم أو التملك بمضى المدة (Usucapion et prescription)

٢٦٩ — *التقادم المكسب والمسقط* : التقادم هو أهم الطرق الاجبارية لنقل الملكية وهو نوعان، مكسب (prescription acquisitive) وهو الذى يؤدى الى اكتساب الملكية والحقوق العينية ، ومسقط (prescription extinctive) وهو الذى يؤدى الى سقوط الحقوق والتعهدات أيا كانت . وقرر القانون الرومانى التقادم كوسيلة لاكتساب الملكية بمضى مدة قصيرة منذ العصر القديم ، وعرف باسم (usucapio) . ثم ظهرت صورة أخرى للتقادم بنوعيه المكسب والمسقط في العصر العلمى ، وعرفت باسم (praescriptio) . وأخيراً عدل جوستنيان نظام التقادم كله ، وأدمج نظام التقادم القديم (usucapio) فى نظام التقادم الحديث وجعل منهما نظاماً واحداً لاكتساب الملكية بمضى المدة .

ولذلك سنبدأ بدراسة نظام التقادم بالمدة القصيرة (l'usucapion) أولا فى القانون القديم وثانيا فى العصر العلمى ، ثم ندرس صور التقادم الاخرى ، (les prescriptions) ، وأخيرا ندرس ما كان من أمر صور التقادم المتقدمة فى قوانين الامبراطور جوستنيان .

١ — التقادم بمضى المدة القصيرة (Usucapio) [١]

أولا : التقادم القصير فى القانون القديم :

سبق أن رأينا عند دراستنا للأشخاص كيف كان مضى المدة سبباً لاكتساب بعض الحقوق . فالزوج يكتسب السيادة على زوجته إذا استمرت المعاشرة الفعلية بينهما مدة سنة بدون انقطاع . كذلك نصت الألواح الاثنىعشر على أن مضى المدة يكسب الملكية على العقار وغيرها من الأموال فتكتسب الملكية بوضع اليد على العقار مدة سنتين وعلى المنقول بمضى سنة .

---

(٢) راجع Esmein, Sur l'histoire de l'usucapio, Mélanges, 1886, pp, 171 - 217.

٢٧٠ — **تطبيقاته** : ويظهر تطبيق هذا النظام فى حالتين ، حالة كانت مقصورة على العهد القديم، وحالة استمرت في جميع أدوار القانون الرومانى وانتقلت منه إلى الشرائع الحديثة .

أما الحالة الأولى فهى أن يتصرف المالك فى الملكية تصرفاً ناقصاً فى اجراءاته الشكلية ، كبيع مال نفيس بطريق غيرمكسب للملكية المدنية أى بالتسليم . فوضع اليد المستمر ينقل الملكية المدنية إلى المتسلم . هذه الوظيفة التى كانت للتقادم حتى العصر العلمى زالت عند ما أصبح التسليم فى عصر جوستينان طريقاً ناقلا للملكية المدنية .

أما الحالة الثانية فهى حصول تصرف فى الملكية معيب فى جوهره أو فى شروط صحته ، كالبيع الصادر عن غير المالك سواء أكان بطريق الاشهاد أم الدعوى الصورية أم التسليم ، أو كالبيع الصادر عن مالك غير أهل للتصرف . فثل هذا البيع لا ينقل الملكية إلى المشترى . ولكن المشترى إذا وضع يده على المبيع بناء على عقد البيع واستمر فى وضع يده المدة القانونية اكتسب الملكية عليه وصحح العيب الذى كان عالقاً بالعقد .

٢٧١ — **حكمة مشروعية التقادم** : والحكمة فى وضع هذا النظام أن المشرع يريد به ألا يترك حق الملكية معلقاً بين المالك الحقيق وبين واضع اليد إلى مالا نهاية ، وأن يجازى المالك على إهماله ملكه وعدم المطالبة به . فهو إن أهمل ملكه غير جدير بالحماية ويفضل القانون عليه واضع اليد حتى يشجع الغير على استغلال الأموال المهملة . هذا من جهة، ومن جهة أخرى ، فقد تقرر هذا النظام لمصلحة المالك نفسه باعفائه ، فى حالة قيام نزاع على ملكيته ، من تتبع أصل ملكيته وملكية أسلافه جميعاً حتى المالك الأول الذى يكون قد اكتسب ملكية الشىء المتنازع عليه بطريق منشىء للملكية ، بل يكتفى أن يثبت وضع يده عليه المدة القانونية .

٢٧٢ — **تاريخ التقادم القصير** : يرى بعض الشراح بأن مدة التقادم فى العصر الأول السابق على قانون الألواح الاثنى عشر كانت واحدة بالنسبة للعقار والمنقول وهى سنة واحدة . ويعللون قصر هذه المدة بصغر مدينة روما ، إذ يصعب

فى بلد صغيرة أن يجهل المالك وضع يد الغير على ملكه ، وعليه فلا يلوم إلا نفسه إذا فقد ملكه باهماله المطالبة به .

وقد كملت تدريجياً أحكام قانون الألواح الاثنى عشر الخاصة بالتقادم ، فاشترط بعدها (بجانب وضع اليد مدة سنة أو سنتين) ألا يكون الشيء مسروقاً أو مغتصباً بالقوة ، وأن يكون وضع اليد مستنداً إلى سبب صحيح وبحسن نية .

ثانياً — آثار التقدم القصير وشروطه فى العصر العلمى .

٢٧٣ — *آثاره* : التقادم القصير (usucapio) طريق لنقل الملكية المدنية . فهو مقصور على الرومانيين ولا يشمل إلا المنقولات والعقارات الرومانية والايطالية . ويترتب على اعتباره من الطرق الناقلة ، أن واضع اليد يكتسب الملكية بقيودها العينية المقررة فى عهد المالك السابق . فاذا كان الشيء محملا بحقوق عينية كحقوق ارتفاق أو رهون انتقل كذلك إلى واضع اليد . إذ يجب لسقوط هذه التكاليف العينية تقادم مستقل عن التقادم المكسب للملكية .

٢٧٤ — *شروطه* : تنحصر هذه الشروط ، كما هى مقررة فى العصر العلمى فى أربعة :

١ — أن يكون الشيء قابلا لاكتسابه بمضى المدة .
٢ — أن يكون هناك وضع يد مستمر طول المدة المقررة قانوناً .
٣ — أن يكون وضع اليد مستندا الى سبب صحيح أو سند صحيح .
٤ — وأخيراً أن يكون وضع اليد بحسن نية .

٢٧٥ — *أن يكون الشيء قابلا لاكتسابه بهذه الطريقة* : سبق أن قلنا إن التقادم القصير طريق من طرق القانون المدنى لاكتساب الملكية الرومانية . فهو لا يكون إلا فى الأشياء التى يمكن أن تكون محلا للملكية المذكورة . فيشترط فيها اذن أن تكون

(١) من الأشياء الداخلة فى دائرة التعامل
(٢) وإذا كانت من الأموال الثابتة اشترط أن تكون رومانية أو ايطالية ، كذلك يشترط ألا يكون الشيء مما لا يجوز التصرف فيه أو اكتساب

ملكيته بالتقادم ، كعقارات القاصر أو عقارات الدوطة أو أموال الامبراطور أو أموال الكنائس والأوقاف الدينية .

وأخيرا يشترط ألا يكون الشيء مسروقا . قد تقرر هذا في قانون الألواح الاثنى عشر وتأيد بعده بقانون أتينيا (loi Atinia) . ولا يمنع من عدم جواز تملك الشيء المسروق بمضى المدة ، أن يكون واضع اليد حسن النية ، إلا إذا عاد الشيء المسروق الى مالكه قبل ذلك إذ يطهر من عيب السرقة ويجوز اكتسابه بعد ذلك بالتقادم .

وقد صدر قانون آخر في نهاية عهد الجمهورية (loi Plautia de vi) يحرم اكتساب الأموال الثابتة المغتصبة بالقوة بمضى المدة . وقد صدر هذا القانون على أثر اضطراب الأمن والنظام في ذلك العهد .

وقد كان نتيجة حظر تملك الأموال المسروقة بمضى المدة أن صار تملك الأموال المنقولة بمضى المدة نادراً جداً . والسبب في ذلك يرجع إلى أن معنى السرقة في القانون الروماني كان واسعاً جداً ، فهو يشمل كل تملك لمال منقول مملوك للغير بطريق الغش وكل تصرف في مال الغير مع العلم بذلك . فكل شيء مسروق أو مغتصب بطريق النصب أو خيانة الأمانة لا يمكن تملكه بمضى المدة ، سواء في ذلك السارق والمغتصب وغيرهما . ولهذا يندر وضع اليد على منقول مملوك للغير دون أن يكون مسروقا . ومن هذه الحالات النادرة أن يتصرف وارث إلى آخر في شيء وجده بالتركة يعتقد أنه من أموال مورثه حالة كونه معاراً أو مؤجرا لمورثه أو مودعاً لديه على غير علم من الوارث . فيجوز للمتصرف اليه في مثل الأحوال المتقدمة أن يتملك الشيء بمضى المدة ، إذ الوارث الذى باع الشيء المذكور معتقداً ملكيته للمورث لا يعتبر سارقاً .

٢٧٦ — ٢ — *وضع اليد المدة القانونية* : والمقصود بوضع اليد هنا هو وضع اليد المدنى (possessio civilis) ، الذى سبق تمييزه عن الحيازة المجردة وعن وضع اليد المحمى بنظام الأوامر (possessio ad interdicta) . أى يجب أن يكون وضع اليد بنية التملك (animus domini) . وتنطبق هنا جميع الأحكام السابق الكلام عليها في باب وضع اليد سواء ما كان منها خاصاً بعيوب وضع اليد

(وهى القوة والخفاء والصفة العارضة) أو بالعنصرين المادى (corpus) والمعنوى (animus) مع هـذا التحفظ وهو أن النية اللازم توافرها هنا هى نية الظهور على الشىء بمظهر المالك .

وقد سبق أن بينا أن هذا الشرط كان وحده كافيا فى عهد قانون الألواح لاكتساب الملكية بمجرد مرور سنة أو سنتين على وضع اليد ، بشرط ألا يكون المال مسروقاً . بل بقى هذا الأمر كافيا لاكتساب بعض حقوق الأسرة بدون اشتراط الشروط الأخرى، وهى حسن النية والسبب الصحيح ،كالسيادة الزوجيةلمن يضع يده لمدة سنة على زوجته ،وكصفة الوارث لمن يضع يده لمـدة سنة على تركة مهملة (hérédité abandonnée) ، فواضع اليد على التركة المذكورة يكتسب أموالها من عقار ومنقول وحقوق ويلتزم بديونهـا وبعبادة الأسرة .

ويجب أن يستمر وضع اليد بالمعنى المتقدم بدون انقطاع المدة القانونية، وهى سنتان بالنسبة للعقار، وسنة واحدة بالنسبة للمنقول . فاذا انقطع وضع اليد يوماً واحداً ضاع كل أثر للمدة السابقة ، بحيث إذا عاد الشىء الى واضع اليد وجب عليه وضع يده من جديد .

والانقطاع نوعان : فقد يكون طبيعياً (interruption naturelle) وهو يكون بزوال اليد أو رفعها . كأن يستولى المالك الأصلى على ملكه أو كضياع الحيازة من واضع اليد لأى سبب آخر . وقد يكون مدنياً (interruption civile) ، كرفع دعوى الاسترداد من المالك للمطالبة بملكه . والانقطاع الطبيعى وحده هو الذى كان يؤدى الى ضياع المدة السابقة. أما رفع دعوى الاسترداد فلم يكن يمنع من استمرار احتساب المدة حتى وقت الاشهاد على الخصومة (litis contestatio) ، ذلك أن الانقطاع المدنى لم يتقرر الا فى القانون الرومانى الحديث .

وكذلك لايعرف القـانون الرومانى القديم مبدأ وقف سريان مدة التقادم (suspension) فى حالة ما إذا كان المالك عديم الأهلية .

٢٧٧ — ٣ — السبب الصحيح (jnsta causa) أو السند الصحيح (justus titulus) : يجب أن يستند وضع اليد الى سبب صحيح أى الى عمل قانونى (acte juridique) أو حادث قانونى (fait juridique) يبرر وضع يد المكتسب

بمضى المدة ، ويكون فى الغالب تصرفا من شأنه نقل الملكية لو كان الناقل مالكا حقيقياً للشىء الذى تنازل عنه وأهلا للتصرف فيه .

ولفهم معنى السبب الصحيح فى التقادم يجب التفرقة بين ما إذا اكتسب واضع اليد الحيازة بطريق التسليم (traditio) أى بطريق نقل الحيازة اليه من شخص آخر ، أو يكون قد وضع يده بارادته وحدها .

ففى الحالة الأولى — وهو ما إذا كان مصدر وضع يده التسليم — إذا لم تنتقل الملكية الى المتسلم ، إما لأن المسلم لم يكن مالكا لما تصرف فيه أو كان الشىء المذكور من الأشياء النفيسة ، كان للمتسلم أن يكتسب الملكية بمضى المدة بشرط أن يستند وضع يده الى سبب صحيح . والسبب الصحيح لوضع اليد هنا هو نفس السبب الصحيح للتسليم الناقل للملكية ، وهو كما رأينا (عند الكلام على التسليم باعتباره طريقة لنقل الملكية) قد يكون بيعاً أو هبة أو وصية أو تقريراً لدوطة أو وفاء لدين الخ .

وفى الحالة الثانية وهى حالة ما إذا لم يكن مصدر وضع اليد التسليم بل يرجع لارادة واضع اليد وحدها ، فانه يشترط لتملك واضع اليد لما تحت يده بمضى المدة أن يستند وضع يده الى سبب صحيح يفيد التملك ، كسند الارث (usucapio pro herede) كما إذا استولى الوارث على مال من أموال الغير موجود فى تركة مورثه معتقداً أنه من أموال التركة ، أو الترك (pro derelicto) كما إذا ترك شخص شيئاً لا يملكه فان من يضع يده على الشىء المتروك هذا لا يتملكه الا بوضع اليد عليه المدة القانونية وسبب وضع يده هنا هو الترك أو الهجر .

فنرى مما تقدم أن السبب الصحيح في التقادم (justa causa usucapionis) يختلط فى كثير من الأحيان مع السبب الصحيح فى التسليم justa causa) traditionis) ، إنما قد يتميز عنه فى بعض الأحوال الأخرى .

٢٧٨ — ٤ — حسن النية (la bonne foi) : هو اعتقاد واضع اليد خطأ أنه اكتسب الملكية ، أو بعبارة أخرى اعتقاده خطأ أنه تلقى الشىء من مالكه وممن له حق التصرف فيه . والخطأ المقصود هنا هو الخطأ فى الوقائع

(erreur de fait) ، كأن يتعامل شخص مع قاصر معتقداً أنه بالغ . فلا يشمل الخطأ الناشىء عن جهل للبادىء القانونية (erreur de droit) ، كأن يتعامل شخص مع آخر يعلم بأنه قاصر وإنما يعتقد خطأ أن له حق التصرف قانوناً دون أخذ أجازة الوصى .

وهذا الشرط لايلزم توافره الا عند بدء وضع اليد بحيث لو عرف واضع اليد بعد ذلك أن الشىء مملوك لآخر فلا يؤثر ذلك فى حالته . وهناك استثناء لهذه الحالة إذا كان سبب وضع اليد البيع فيشترط توافر حسن النية ليس فقط وقت بدء وضع اليد بل أيضاً وقت الاتفاق على البيع .

وحسن النية مفروض في كل انسان حتى يثبت خصمه أنه سىء النية . أما السبب الصحيح فيجب على واضع اليد أن يثبته بما عنده من الأدلة حتى يستطيع أن يتمسك بوضع يده .

٢٧٩ — *هل يكفى السند الظنى لاكتساب الملكية بمضى المدة* ؟ هل يشترط فى التقادم المكسب أن يستند وضع اليد إلى سبب صحيح موجود حقيقة أى إلى عقد بيع أو هبة مثلا قد تم بالفعل ، أم يكفى أن يثبت واضع اليد حسن اعتقاده بوجوده حالة كونه غير موجود فى الواقع ؟ أو بعبارة أخرى أيشترط فى التقادم وجود سند حقيقى (titre réel) أم يكفى فى ذلك السند الظنى (titre putatif) ؟ ان القاعدة التى قررها جوستنيان فى كتابه للنظم تقضى بأن الخطأ في وجود السند لا يبيح التقادم ، أى أن السند الظنى لا يكفى ، بل يجب أن يستند وضع اليد إلى سند حقيقى موجود بالفعل . إلا أن هناك نصوصاً منسوبة لبعض شراح العصر العلمى تقضى بجواز أن يكون السند الصحيح مجرد سند ظنى ، متى كان لواضع اليد من الأسباب المعقولة ما يحمله على الاعتقاد خطأ بوجود السند الصحيح ، أى متى كان خطؤه مقبولا .

ب — التقادم بالمدة الطويلة (les prescriptions)

٢٨٠ — *فائدة ظهوره* : التقادم القصير من طرق اكتساب الملكية التابعة للقانون المدنى ، فكان لا يمكن التمسك به لصالح أجنبى أو على أرض اقليمية . لذلك

كان لا بد من إنشاء نظام جديد للتقادم لسد هـذا النقص لمصلحة واضعى اليد الأجانب أو واضعى اليد على عقارات اقليمية . هـــذا النظام الجديد هو نظام التقادم بالمدة الطويلة (praescriptio longi temporis) . ثم نشأ نظام آخر فى العصر الأخير من الامبراطورية (عهد قسطنطين) عرف بالتقادم الطويل جداً (praescriptio longissimi temporis) .

التقادم الطويل (praescriptio longi temporis)

٢٨١ — *مصدره* : كان الاعتقاد سائداً قديماً بأن هذا النظام من عمل البريتور وحكام الأقاليم . غير أن أوراق البردى التى اكتشفت حديثاً ، دلت على أنه نظام مستمد من القانون الأغريقى ، وأنه صار العمل به فى أواخر القرن الثانى من الميلاد بمقتضى أوامر امبراطورية . وقد تقرر هذا النظام أولا لمصلحة واضعى اليد على الأراضى الاقليمية ، ثم طبق بعد ذلك لمصلحة الأجانب على المنقولات والأراضى الايطالية (١) . فهو نظام من نظم قانون الشعوب .

٢٨٢ — *شروطه* : ليس هذا النظام طريقة مكسبة للملكية ، بل هو وسيلة للدفاع تمنح ضد المالك لمن استمر وضع يده مدة طويلة بدون منازعة . وهو خاضع لنفس الشروط القانونية السابق بيانها فى التملك بمضى المدة القصيرة (فيشترط فيه السبب الصحيح وحسن النية) مع اختلاف فى مدة التقادم وفى كيفية احتسابها .

٢٨٣ — *المدة فى التقادم الطويل* : هى عشر سنين إذا كان المالك وواضع اليد مقيمين فى اقليم واحد ، وعشرون سنة إذا كانا مقيمين في اقليمين مختلفين . ويلاحظ على هذه المدة أنها أطول بكثير من مدة التقادم السابق الكلام عليه وذلك راجع إلى اتساع أنحاء الامبراطورية الرومانية .

٢٨٤ — *طريقة احتسابها* : أما من حيث كيفية حساب المدة المتقدمة فيخضع هذا النظام للقواعد الآتية :

(١) تنقطع مدة التقادم الطويل برفع الدعوى أى أن مدة التقـادم الطويل يجوز أن تنقطع مدنياً أو طبيعياً .

---

(١) Dig. 44, 3, 9; Cod., 7, 35, 3.

(٢) يوقف سريان مدته بالنسبة لبعض أشخاص عاجزين عن قطعها . فتقضى قوانين شتى صدرت في القرن الثالث من الميلاد بعدم سريان مدة التقادم الطويل ضد الجندى الذى يغيب فى خدمة عامة ، أو ضد الصبى غير البالغ ، حتى ينتهى العائق ، أى حتى حضور الجندى الغائب أو حتى بلوغ الصبى .

(٣) ضم مدد وضع اليد (jonction des possessions)— ماذا يحدث فيما إذا مات واضع اليد أو تصرف فيما تحت يده لآخر قبل تمام المدة المقررة قانوناً ؟

فرق فقهاء الرومان بين الخلف العـام كالوارث ، وبين الخلف الخاص كالمشترى وكالموصى له بمال معين . فالأول يخلف سلفه تماماً فى المدة وفى النية بصرف النظر عن نيته الشخصية ، لأن الخلف العام يمثل سلفه والوارث تستمر فيه شخصية المورث . أما الثانى فليس له ضم مدة سلفه ، بل يبدأ وضع يد جديد بشروطه اللازمة لاكتساب الملكية . لكن القانون الرومانى الحديث — والراجح منذ أواخر القرن الثانى من الميـلاد — سمح له بضم مدة سلفه بشرط أن يكون كل منهما حسن النية سواء أكان الخلف قد أخذ الشيء من سلفه بمقابل أم بغير مقابل .

٢٨٥ — **طبيعة التقادم الطويل** : سبق أن قلنا إن هذا التقادم وسيلة للدفاع ضد دعوى المـالك الحقيقى . فليس بصحيح القول بأن التقادم الطويل تقادم مسقط لدعوى الاسترداد التى للمالك الحقيقى بمضى ١٠ أو ٢٠ سنة . وعلى ذلك فاذا أهمل المالك الحقيقى المطالبة بملكه مدة ٢٠ سنة ثم فقد واضع اليد الحيازة بعد ذلك فان للمالك الحقيقى بالرغم من مضى المدة المذكورة استرداد ملكه من تحت يد واضع اليد الجديد . إذ دعواه لم تسقط بمضى المدة المذكورة .

كذلك لم يكن التقادم الطويل (praescriptio longi temporis) فى الأصل طريقاً لاكتساب الملكية الاقليمية أو الأجنبية كالتقادم القصير الذى هو طريق لاكتساب الملكية المدنية . وعلى ذلك اذا فقد واضع اليد الحيازة بعد تمام المدة المقررة قانوناً أى بعد ١٠ أو ٢٠ سـنة على حسب الأحوال فليس له دعوى الاسترداد لاسترداد الشيء ، إذ هو لم يصبح مالكا بمضى المدة المذكورة .

ويستدل على أن التقادم الطويل كان في الأصل وسـيلة للدفاع فقط من اسمه . فعبارة (praescriptio) تفيد ما يكتب فى صدر برنامج الدعوى ، والظاهر أنه كان

فى الأصل دفعا يكتب فى صدر برنامج دعوى الملكية للحكم برفضها إذا ثبت وضع يد المدعى عليه مدة طويلة .

هذا فى الأصل . غير أن التقادم الطويل صار فيما بعد وفى تاريخ غير معلوم بالضبط طريقة لاكتساب الملكية .

التقادم الطويل جداً (La praescriptio longissimi temporis)

نشأ هذا النظام فى العهد الأخير من الامبراطورية ويرجعه أغلب الشراح إلى عهد قونسطنطين ، وكانت مدته فى الأصل أربعين سنة ثم أنقصها الامبراطور تيودوز الثانى في سنة ٤٢٤ م إلى ثلاثين سنة .

٢٨٦ — **طبيعة هذا التقادم وآثاره** : لا يشترط فى التقادم بمضى المدة الطويلة جداً السند الصحيح أو حسن النية . وهو ليس تقادماً مكسبا للملكية كالتقادم القصير (usucapio) ، كما أنه ليس فقط وسيلة للدفاع كالتقادم بمضى المدة الطويلة (praescriptio longi temporis) . وإنما هو تقادم مسقط (prescription extinctive) للدعاوى التى للمالك الحقيق ، فمن يتمسك به يصبح بعد مضى المدة المتقدمة مالكا لما تحت يده محرراً من كل القيود والتكاليف ، إذ المدة تسقط دعوى الاسترداد وكل الحقوق العينية المقررة على الشيء كحقوق ارتفاق أو رهون أو غيرها . فواضع اليد يكتسب ملكية جديدة غير الأولى .

م — التقادم فى عهد جوستنيان

٢٨٧ — **التقادم فى أول عهد جوستنيان** : كان نظام التقادم ، كطريقة لاكتساب الملكية ، معقدا فى أول عهد جوستنيان .

فهناك التقادم بالمدة القصيرة (usucapio) ، ولو أنه فقد أهميته فى حالة تسليم شيء نفيس ، لزوال التفرقة بين الأشياء النفيسة وغيرها .

وهناك التقادم بمضى المدة الطويلة (أى ١٠ أو ٢٠ سنة) الذى أصبح طريقاً مكسباً للملكية .

وأخيراً كان يوجد التقادم بمضى المدة الطويلة جدا (٣٠ سنة) باعتباره تقادماً مسقطاً .

٢٨٨ — **اصلاحات جوستنيان** : عدل جوستنيان نظام التقادم كله بقانونين صدر أولها فى سنة ٥٢٨ وثانيهما فى سنة ٥٣١ . ويمكن تلخيص التعديلات المذكورة فيما يأتى :

(١) قرر قانون سنة ٥٢٨ نظاما للتقادم بمضى مدة ٣٠ سنة (praescriptio longissimi temporis) بمقتضاه يكتسب واضع اليد الملكية على العقار بشرط أن يكون حسن النية ولكن بدون اشتراط السبب الصحيح .

(٢) أما بالنسبة لواضع اليد بدون سبب صحيح وبدون حسن نية ، فقد أبقى جوستنيان نظام التقادم بمضى المدة الطويلة جدا الذى سبقت دراسته باعتباره تقادما مسقطاً . ومدة هذا النوع من التقادم ٣٠ سنة .

(٣) وبالنسبة لواضع اليد بسبب صحيح وبحسن نية ، أدمج جوستنيان بقانون سنة ٥٣١ نظامى التقادم القصير (usucapio) والتقادم بالمدة الطويلة (praesciptio longi temporis) بعضهما فى بعض وفرق بين وضع اليد على المنقول وبين وضع اليد على العقار :

(ا) فيكتسب واضع اليد حسن النية وبسبب صحيح الملكية على المنقول بمضى ثلاث سنوات ويطلق جوستنيان على مضى المدة هذا اسم (usucapio) .

(ب) ويكتسب الملكية على العقار بمضى عشر سنين بين الحاضرين وعشرين سنة بين الغائبين وأطلق عليه اسم (praescriptio) .

٢٨٩ — **أثر أحكام التقادم الرومانى فى تشريعاتنا العصرية** : أخذ القانون المدنى الفرنسى بالمبادىء العامة الرومانية فى تملك العقار بمضى المدة (من المادة ٢٢٦٢ الى المادة ٢٢٦٥) . ولكنه احتفظ فى المنقول بالتقاليد الجرمانية فنص على أن مجرد وضع اليد عليه بحسن نية وسبب صحيح مكسب لملكيته فى الحال ، ما لم يكن مسروقا أو مفقودا وحينئذ يكون تملكه بمضى ثلاث سنين (م - ٢٢٧٩) .

وقد اتبع المشرع المصرى القانون الفرنسى فى تملك العقار أو المنقول بمضى المدة. غير أنه عدل المدة فى العقار، فلم يفرق بين الاقامة فى إقليم واحد أو إقليمين ، وجعل المدة خمس سنين متى توافر حسن النية والسبب الصحيح وخمس عشرة سنة اذا لم يتوافر — م ٤٦ ، ٧٦ ، ٨٦ أهلى .

§ ٢ — نقل الملكية بنص القانون

٢٩٠ — قد تنتقل الملكية أيضاً بحكم القانون من شخص الى آخر . ويكون ذلك فى الغالب على سبيل العقوبة . فمن ذلك :

(١) حكم القانون الامبراطورى الذى ينقل الى الخزينة العامة (fisc) أو الى الملتزمين بالضرائب (publicains) ملكية الأموال المحجوز عليها نظير الضرائب.

(٢) وحكم القانون الصادر من مجلس الشيوخ فى عهد الامبراطور (Marc - Aurèle) الذى بمقتضاه يكتسب الشريك نصيب شريكه ،إذا لم يقم في ظرف أربعة شهور بدفع نصيبه فى مصاريف اصلاح المنزل المشاع بينهما التى تكبدها الأول .

(٣) ومن ذلك أيضا أن من يأخذ ملكه بالقوة من حائزه بدلا من الالتجاء الى القضاء يحرم من ملكيته لصالح هذا الحائز .

(٤) وأخيراً أن من يترك عقارا خراجيا صالحا للزراعة يفقد بعد مضى سنتين ملكيته عليه لمن يستغله مع اعفاء هذا الأخير من الضريبة عشر سنوات.

§ ٣ — نقل الملكية بحكم القاضى

(Transmission de la propriété par autorité de justice)

٢٩١ — من المبادىء الثابتة في القانون أن الأحكام كاشفة للحقوق لا منشئة لها. بمعنى أن وظيفة السلطة القضائيه تنحصر فى بيان الحقوق السابق وجودها وفى اعلانها لافى انشائها أو نقلها من شخص إلى آخر . ولكنها بصفة استثنائية تكون ناقلة لحق الملكية عند الرومان في أحوال ثلاثة : (١) حالة القسمة القضائية (٢) حالة المنزل الآيل الى السقوط (٣) حالة الضرر الناشىء بفعل العبد أو الحيوان المملوك للغير . وتنتقل الملكية فى الحالة الأولى بناء على حكم من القاضى (juge) ، أما في الحالتين الأخيرتين فبناء على قرار من الحاكم القضائى (magistrat) .

(١) حالة القسمة القضائية : (adjudicatio) [1] — وهى تشمل دعاوى ثلاثا ؛ دعوى قسمة التركة (actio familiae erciscundae) ، ودعوى قسمة

---

(١) قارن مقالة الاستاذ ارانجيو رويز فى مجلة القانون الرومانى (Bull. diritto romano) سنة ١٩٢٢ ، ص ٩ — ٦٠ .

الأموال المشاعة الأخرى (actio communi dividundo) ، ودعوى فصل الحدود بين الجيران (actio finium regundorum) .

فاذا لم يتفق الورثة أو الشركاء على فصل الأنصبة ، ورفعت دعوى القسمة من أحد الورثة أو أحد الشركاء على الشيوع ، قام القاضى بهذه القسمة . وحكم القاضى بالقسمة يعتبر ناقلا للملكية فى جميع الأحوال ، أى سواء أتمت القسمة عينا باعطاء الورثة أو الشركاء حصصاً متساوية ، أم باعطائهم حصصاً غير متساوية مع إلزام من يأخذ الحصة الأغلى ثمناً أن يدفع ما زاد فيها عن نصيبه إلى صاحب الحصة الأقل ثمنا ، أم بطريق التصفية باعطاء الملك كله الى واحد منهم يلزم بتعويض الباقين مالياً عن قيمة أنصبتهم ، إذ يعتبر الحكم قد نقل إلى كل شريك ما كان يمتلكه شركاؤه فى الحصة التى وقعت فى نصيبه .

كذلك اذا اختلف الجيران فيما بينهم على الحدود الفاصلة لملكهم ، ورفع أحدهم الدعوى الخاصة بذلك ، قام القاضى بتقرير الحدود ، وله فى سبيل ذلك أن يغير الحدود الحقيقية إذا لم يجد حداً مناسبا بين طرفى الملكين . فله أن يحكم بنقل ملكية جزء من مال الجار إلى جاره ، مع الزام هذا الأخير بتعويض الأول عن قيمة هذا الجزء . وذلك بقصد انشاء حد جديد ظاهر منتظم ، أو تثبيت حد طبيعى واقع فى أحد الملكين .

وبما أن حكم القاضى فى فصل المشاع أو الحدود ناقل للملكية من شريك الى آخر أو من جار الى جاره ، فان موضوع هذه الملكية ينتقل مثقلا بما كان عليه من قبل من الحقوق العينية .

(٢) أما الحالة الثانية فتتلخص في أنه اذا كان لشخص منزل مهدد بالسقوط ، ورفض أن يقدم ضامنا لتعويض الجار عما قد يحدث لملكه من الضرر عند سقوط المنزل ، أصدر البريتور أمرا فى صالح الجار المشتكى بوضع يده على المنزل الآيل للسقوط ، فان أصر المالك على امتناعه بعد ذلك ، أصدر البريتور قراراً ثانياً بمنح الملكية البريتورية للجار على المنزل المذكور ، ويجعله فى مركز المكتسب للملكية الرومانية بمضى المدة القانونية على وضع يده .

(٣) وكذلك فى الحالة الثالثة تنتقل الملكية بأمر الحاكم القضائى . وهى حالة

ارتكاب عبد أو حيوان جريمة على الغير ، فالسيد أو المالك ملزم بمقتضى دعوى التخلى إما بدفع مبلغ الغرامة المقررة قانونا الى المجنى عليه وإما بالتخلى عن العبد أو الحيوان الذى وقع الضرر بسببه . فاذا تهرب السيد أوالمالك من الدعوى المذكورة فان البريتور يتدخل في الأمر ، ويصدر الى المجنى عليه الأمر بالاستيلاء على العبد أو الحيوان . إلا أنه لايكتسب بذلك الملكية الرومانية وانما يكتسب فقط الملكية البريتورية ، التى تتحول الى ملكية رومانية بمضى المدة القانونية على وضع يده .

الفصل الرابع
فى وسائل حماية الملكية

٢٩٢ — **الدعاوى المقررة لصالح المالك** : يحمى القانون الرومانى حق الملكية بوسائل شتى :

١) فللمالك دعاوى عينية للمطالبة بتثبيت ملكيته تعرف بدعاوى الملكية (actions pétitoires) ، وصورتها الرئيسية دعوى الاسترداد .

٢) وفى الغالب يكون المالك واضعاً يده على ملكه ، فله من هذا الأساس أوامر وضع اليد لحماية يده على ملكه . ويفضل المالك عادة استخدامها فى حالة فقده حيازة ملكه ، لعدم الحاجة فيها الى إثبات ملكيته كما تقدم عند دراسة نظرية وضع اليد .

٣) وله أيضا بعض دعاوى شخصية موضوعها مقدار من النقود ، كدعوى السرقة (actio furti) ودعوى الاضرار (actio legis Aquiliae) فيما إذا لحق ماله ضرر بفعل الغير أو خطئه .

٤) وأخيرا له بعض دعاوى خاصة كدعوى وقف العمل الجديد (operis novi nuntiatio) بمقتضاها يحق للمالك الاعتراض على الأفعال الجديدة الضارة بملكه ، ودعوى الضرر المهدد به (action damni infecti) فى حالة ما إذا كان عقاره مهدداً بمنزل جاره الآيل الى السقوط .

٥) وأخيراً له دعوى الانكار (action négatoire) على من يدعى أن له حق ارتفاق أو حق انتفاع على ملكه .

وسنقتصر على دراسة دعوى الاسترداد (rei vindicatio) ودعوى الانكار (action négatoire) والدعوى المقررة لحماية الملكية البريتورية والمسماة (action publicienne).

المبحث الاول — فى دعوى الاسترداد (La rei vindicatio)

٢٩٣ — *تعريفها* : كانت دعوى الاسترداد في صورتها الأولى دعوى عينية مدنية يرفعها المالك للمطالبة برد ملكه اليه. فهى دعوى عينية بحتة يقصد بها الحصول على الشيء أو قيمته . ولكن اذا كانت دعوى الاسترداد كذلك فى الأصل ، فقد صارت تدريجيا دعوى مركبة (action complexe) ، فصارت لا ترفع للمطالبة بالشيء وملحقاته فقط ، بل أيضا بتعويضات متعلقة بالشيء فصارت دعوى عينية وشخصية فى آن واحد. وعلى ذلك يمكن تعريف دعوى الاسترداد بأنها « دعوى عينية ، بمقتضاها يتقدم المدعى ، باعتباره مالكا لشيء معين مطالبا بتثبيت حقه على الشيء المذكور وبالحكم له بالتعويضات التى قد يكون محقا فيها » .

وسندرس دعوى الاسترداد فى أقسام ثلاثة : الأول في تاريخ دعوى الاسترداد والثانى فى شروط استعمالها والثالث في موضوعها .

§ ١ — فى تاريخ دعوى الاسترداد [١]

مرت دعوى الاسترداد بأدوار متعددة ، تبعا لتطور نظام المرافعات والدعاوى. فكانت ترفع تحت نظام المرافعات القانونية (legis actiones) بطريق دعوى القسم (sacramentum in rem) ، ثم بطريق دعوى التعهد الشفوى (procédure per sponsionem)، ثم صارت ترفع تحت نظام المرافعات الكتابية (procédure formulaire) بطريق دعوى الملكية التحكمية (procédure per formulam petitoriam) .

وقد تغيرت أحكام دعوى الملكية هذه فى عصر جوستنيان نتيجة لادخال نظام المرافعات الادارية (procédure extraordinaire) . وسندرس هذه التطورات فى أدواره الاربعة المذكورة .

٢٩٤ — ١ — **دعوى القسم** : (sacramentum in rem) كانت اجراءات هذه الدعوى تستلزم وجود الشيء المتنازع عليه فى مجلس القضاء ، فان كان

(١) راجع للتوسع Wetzell, Romischer Vindicationsprocess, 1845

عقاراً فالظاهر أنها كانت تنظر فى الأصل في محل وجود العقار . إلا أن (Gaius) يقول أنه إذا تعذر احضار الشيء المتنازع عليه فى مجلس القضاء ، كما لو كان قطيعاً من الغنم أو مالا ثابتاً ، فيكفى احضار جزء منه يكون رمزاً له .

٢٩٥ — ا — **اجراءاتها أمام الحاكم القضائى** : تنحصر فيما يأتى :

(١) يقرر كل من الخصمين فى مواجهة الآخر بعد أن يلمسه بعصاه ويقبض الشيء المتنازع عليه ، أنه ملكه بحسب قانون الرومان، (contravindicatio, vindicatio) .

ثم يتدخل الحاكم القضائى فيأمرهما بترك الشيء المتنازع عليه ويكلف كلا منهما بحلف اليمين على صدق دعواه. (٢) ثم يتراهن الخصمان فيقول كل منهما للاخر «حيث انك طالبت بالشيء بدون وجه حق فانى أراهنك على ٥٠ أو ٥٠٠ آس» وكان مبلغ الرهان ٥٠٠ آس فى حالة ما إذا زادت قيمة الشيء المتنازع عليه عن ١٠٠٠ آس و ٥٠ آس إذا لم تزد عن المبلغ المذكور . وكان يذهب مبلغ الرهان إلى الخزينة العمومية بالنسبة لمن خسر الدعوى . (٣) ثم ينظر الحاكم فى أى الخصمين تكون له الحيازة مدة نظر النزاع . ويجب على من تقرر له وضع اليد على الشيء المتنازع عليه مدة النزاع ، أن يرده إذا خسر الدعوى . ويجب عليه أن يقدم لخصمه ضامنين يتعهدون للحاكم برد الشيء إلى الخصم الآخر إذا اتضح صدق يمينه . (٤) ثم يعين القاضى الذى سيفصل فى موضوع النزاع . (٥) وتختم اجراءات هذه الدعوى فى الدور الأول أمام الحاكم القضائى ، باشهاد الحاضرين على تمام الاجراءات المتقدمة، ويقال لهذا الاجراء الأخير الاشهاد على الخصومة (litis contestatio) .

٢٩٦ — ب — **الدور الثانى لدعوى القسم أمام القاضى** (in judicio): يشرح كل من الخصمين دعواه أمام القاضى ، الذى له أن يستأنس في تكوين عقيدته بكافة طرق الاثبات . فله أن يلجأ إلى التحقيق أو اليمين وله أن يأخذ بالاعتراف الخ

٢٩٧ — **الحكم** : ومتى كون القاضى رأيه ، حكم فى أيهما صادق فى يمينه (sacramentum justum) وأيهما كاذب فيه . ولكنه لا يتعرض في حكمه لموضوع الملكية فلا يثبت من هو المالك منهما .

٢٩٨ — **طريقة تنفيذ الحكم** : بقى أن نعلم طريقة تنفيذ الحكم المذكور ، أو بعبارة أخرى كيف يصل من حكم بصدق يمينه إلى تأييدوضع يدهإذا كانموضوع النزاع تحت يده أو الحصول عليه من خصمه إذا كان تحت يد هذا الأخير ؟

فاذا كان من كسب الدعوى هو الحائز ، فانه يحتفظ بالشيء نهائياً ، ويصبح فى مأمن من كل دعوى جديدة يرفعها خصمه ، بناء على قاعدة عدم جواز رفع الدعوىمرتين بشأن شيء واحد (bis de eadem re ne sit actio) .

أما إذا كان الشيء تحت يد من حكم بكذب يمينه ، فيجب عليه أن يسلمه إلى خصمه ، وإن لم يفعل أو صار رده متعذراً بفعله كأن يكون قد أعدمه ، فالظاهر أنه لا يمكن اجباره مباشرة على ارضاء خصمه عينا . بل كان للمحكوم له الرجوع على الضامنين ، وكان له أيضاً أن يطلب إلى البريتور تعيين محكمين ثلاثة يقومون بتقديرقيمة الضرر الذى لحقه من جراء عدم التنفيذ وكان يلزم المحكوم عليه بدفع ضعف قيمة ثمرات الشيء على سبيل العقوبة .

٢٩٩ — **عيوب هذه الدعوى** : كان لهذه الدعوى عيوب شتى : (١) فهى معقدة الاجراءات فضلا عن كثرة اجراءاتها التى كان الاخلال بواحد منها يجر معه بطلانالدعوى كلها . فقد كانت توجبعلى كل منالخصمين إقامةالدليل على ملكيته وفى هذا تعقيد بلا موجب (٢) وكانتباهظة النفقات ، إذ كان يترتبعلى الفشل فيها الحكم بالرهان لصالح الحكومة (٥٠ أو ٥٠٠ آس على حسب الأحوال) (٣) وأخيراً كان لا يفصل فيها في موضوع الملكية بصفة مباشرة ، بليحكم فقط بصدق اليمين أو كذبها .

٣٠٠ — ٢ — **دعوى التعهد الشفوى** (procédure per sponsionem) لذلكهدىالعمل إلىاجراء آخرتقومفيهالمطالبة بناءعلىتعهدشفوى.فيسألالمدعىالمدعى عليه «هل تعدنى بأن تدفع لى مبلغ ١٢٥ آس إذا كانالعبدالفلانى ملكى؟» ويرد عليه هذا الأخير«انى أعدك» . وينظر القاضى الدعوىالشخصية المرفوعةبناء علىالتعهدالشفوى للمطالبة بالمبلغ المتعهد به ، ويحكم فيما إذا كان المدعىيستحق المبلغ المذكورمن عدمه. ويلاحظ وجود مدع واحد ومدعى عليه واحد ، وهو واضع اليد، في هذه

الدعوى . وذلك لأنه لما نظمت حماية وضع اليد بالأوامر ، صار موضوع النزاع يسلم لمن له من الخصمين حق حماية وضع يده ، حتى يفصل في النزاع . وأصبح واضع اليد في مركز سلبي فى غير حاجة لاثبات ملكيته حتى يثبت المدعى ملكيته. ولكنها كدعوى القسم لا يفصل فيها فى موضوع الملكية بصفة مباشرة .

٢٠١ — ٣ — **دعوى الملكية التحكمية** (Formula petitoria) : بقى العمل بالطريقة المتقدمة في العصر العلمى ، ولكن لما وجد فى أواخر الجمهورية نظام المرافعات الكتابية ، حيث يسمع الحاكم القضائى طلبات الطرفين بصورة عادية وبغير عبارات أو اشارات رسمية ويحيل بعد ذلك الدعوى على حكم بمقتضى برنامج كتابى (formule) يبين له فيه مطالب الخصمين والوقائع التى يحققها وما يحكم به إذا ثبتت هذه الوقائع ، نقول لما وضع هذا النظام صارت ترفع دعوى الاسترداد أيضاً فى صورة دعوى ملكية ، وأصبح الحكم الصادر فيها لتعيين المالك من الطرفين لا لبيان الكاذب منهما في يمينه . وكانت صيغتها تحكمية إذ كان البريتور يذكر فى البرنامج الخاص بها ، وذلك بعد تعيين الحكم الذى يفصل في موضوع الدعوى، ما يأتى :

« واذا ثبت لك (أى الحكم) بأن فلانا (المدعى) مالك لكذا (وهو الشىء المتنازع عليه) طبقاً للقانون الرومانى وإذا لم يرد المدعى عليه الفلانى الشىء فاحكم عليه بالقيمة والا (أى إذا لم يظهر لك ذلك) فأبرىء ذمته » .

فصيغة دعوى الملكية كما تتبين هى صيغة مدنية (in jus) أى تستند إلى القانون المدنى ، وتحكمية (arbitraire) إذ يعلق الحكم فيها على عدم قيام المدعى عليه بالرد طبقاً لأمر القاضى ، والجزء الخاص فيها بالحكم (condemnatio) غير معين بل يترك للقاضى حرية تقديره فهو الذى يقدر ما يجب على المدعى عليه رده أو دفع قيمته إلى المدعى ، وأخيراً فان الحكم فيها دائماً يكون بمبلغ من النقود .

ولم يكن المدعى عليه ملزماً بالدفاع فى دعوى الاسترداد ، بل له رفض برنامج الدعوى بترك الشىء المسترد . فاذا أراد الدفاع فى الدعوى كان له أن يتعهد ، ومعه ضامنون ، على تنفيذ الحكم وعلى المدعى أن يثبت ملكيته ، بل إن هناك أحوالا

ربما لا يحكم فيها على المدعى عليه ولو أثبت المدعى ملكيته. وذلك إذا أثبت المدعى عليه بأن له دفعاً من الدفوع التى تسمح له باحتفاظه بالشيء، كما إذا كان له وضع اليد عليه بناء على حق رهن حيازى (exceptio pignoris) ، أو حق ملكية بريتورية (exceptio rei venditae et traditae) ، أو بناء على أن المدعى لم يدفع له قيمة مصروفاته واصلاحاته التى أحدثها بالشيء .

فاذا أثبت المدعى ملكيته، ولم يكن لدى المدعى عليه شيء من الدفوع المتقدمة، كان للقاضى قبل الحكم على المدعى عليه، أن يطلب اليه، إذا كان الشيء تحت يده، أن يرده ومعه ملحقاته. فان رفض حكم عليه بمبلغ التعويض الذى يقدره المدعى بيمينه. انما للقاضى، إذا تبين له بأن المدعى قد غالى فى تقديره، أن ينقصه الى الحد المعقول. وبذلك أصبح رد الشيء إلى صاحبه، هو الغرض المباشر من الحكم. انما ترك تنفيذ ذلك إلى ارادة المحكوم عليه.

٣٠٢ — ٤ — *دعوى الاسترداد فى عهد جستنيانه* : بقى العمل بنظام المرافعات الكتابية حتى القرن الثالث من الميلاد ، حيث حل محله نظام المرافعات الادارية. فصارت تنظر الدعاوى فى دور واحد أمام الحاكم القضائى، وهو موظف يعين من قبل الامبراطور، ويتولى بنفسه نظر الدعوى وتحقيقها والحكم فيها ويقوم أيضاً بتنفيذ حكمه بمعونة رجال السلطة العامة.

فبمقتضى هذا النظام الجديد كان يحكم القاضى برد الشيء ، ويصير تنفيذ حكمه بالرد هذا (jussus restituendi) بمعونة رجال الحكومة قهراً عن ارادة المحكوم عليه، مادام ذلك ممكناً، بأن كان الشيء تحت يده . فاذا تعذر الرد عينا، إما لهلاك الشيء أو لتصرفه فيه، فانه يحكم عليه بالقيمة والتعويض. ويصير التنفيذ بهما على أموال المحكوم عليه ، ببيعها بالمزاد بمعرفة رجال الحكومة ، حتى يفى ثمنها بالمبلغ المحكوم به كما هى الحال في الشرائع الحديثة.

§ ٢ — فى شروط دعوى الاسترداد

هذه الشروط على أنواع ثلاثة، فبعضها يتعلق بالشيء المتنازع عليه ، وبعضها يتعلق بالمدعى، وبعضها خاص بالمدعى عليه.

٣٠٣ — ١ — **الشروط الخاصة بموضوع النزاع** : يجب أن يكون الشيء رومانياً ، مادياً، ومتميزاً عن غيره . فدعوى الاسترداد لا تشمل فى القديم الأشياء غير النفيسة ، وهى لا ترفع للمطالبة بشيء معنوى كحق عينى آخر غير حق الملكية أو حق شخصى ، وكذلك لا يصح رفعها لاسترداد مبلغ من النقود إلا اذا كانت منفصلة ومتميزة عن غيرها بأن كانت فى كيس مختوم ، وكذلك لايجوز استرداد حجر كريم مركب فى خاتم إلا اذا فصل عنه ابتداء بدعوى مستقلة (actio ad exhibendum).

٣٠٤ — ٢ — **الشروط الخاصة بالمدعى** : يجب أن يكون المدعى رومانياً أو فى حكمه ، وأن يكون غير واضع يد على ما يطالب به وإلا كان له حماية حيازته بنظام الأوامر .

٣٠٥ — ٣ — **الشروط الخاصة بالمدعى عليه** : لا يشترط ، كما في دعوى القسم، أن يدعى المدعى عليه الملكية ، بل يكفى أن ينكر هذا الحق على المدعى . إنما يشترط فيه أن يكون واضعاً يده (possesseur) على الشيء المتنازع عليه . حتى اذا ماخسر الدعوى أمكنه رد الشيء الى المدعى .

إلا أنه، منذ العصر العلمى، أمكن رفع دعوى الاسترداد على الحائز (détenteur) أيضا كالمستأجر مثلا . ولكن قد يهمل الحائز فى الدفاع فيحكم بالملكية لمدعيها ، وبذلك يضار المالك الظاهر ، لأنه يلزم فى حالة ما اذا أراد استرداد ملكه من المدعى في الدعوى الأولى أن يثبت ملكيته ، بعكس ما اذا رفعت الدعوى من الأصل عليه بدلا من الحائز ، فانه كان يتمتع بمركز سلبى حتى يثبت المدعى ملكيته . لذلك تقرر فى عصر الامبراطور قونسطنطين (حوالى ٣٣٢ م) على الحائز في المثال المتقدم ، أن يخطر المالك الظاهر بدعوى الاسترداد المرفوعة عليه ، حتى يتمكن هذا الأخير من الدفاع عن حقه . وقد أجاز جوستنيان رفع دعوى الاسترداد على غير الحائز في حالتين :

١ — اذا كان المدعى عليه قد أخرج المال من حيازته بسوء نية قبل رفع الدعوى ، بأن تصرف فيه أو أهلكه أو هجره .

٢ — اذا قبل رفع الدعوى عليه واستمر فيها باعتباره واضع اليد ، بقصد تضليل المدعى عن الحائز الحقيق حتى يكتسب هذا الأخير الملكية بمضى المدة .

ويقال للمدعى عليه فى الحالتين المتقدمتين الحائز الصورى (ficti possessores) ويكون الغرض من رفع الدعوى عليه هو عقابه على غشه وتدليسه .

§ ٣ — موضوع دعوى الاسترداد

تؤدى دعوى الاسترداد فى صورتها الأخيرة ، الى ضمان رد الشىء الى المدعى، فى حالة إثبات الملكية ، قهراً عن المدعى عليه ، اذا كان ذلك ممكناً ، بأن كان الشىء موجوداً تحت يد المدعى عليه ، أو الى دفع قيمته ، اذا تعذر الرد عينا ، بأن تصرف فيه أو أهلكه مضافاً الى ذلك ملحقات الشىء وثماره . وقد يترتب عليها علاوة على ما تقدم الحكم على المدعى عليه بتعويض عن هلاك الشىء أو تلفه الناشىء عن فعله أو خطئه ، كما أن المدعى عليه نفسه له أن يستخدم دعوى الاسترداد المرفوعة عليه للمطالبة بتعويضه عن المصروفات التى يكون قد أنفقها فى المحافظة على الشىء أو إصلاحه.

وسندرس تباعا كلا من الموضوعات المتقدمة .

٣٠٦ — **رد الشىء** : كان يتم رد الشىء فى العصر العلمى تحت نظام المرافعات الكتابية تنفيذاً لتحكيم القاضى (arbitrium) . فهو الذى كان يعين للمدعى عليه ما يجب عليه رده وطريقة الرد . فاذا لم يكن المدعى عليه مالكا وقت الاشهاد على الخصومة ، ولم يكتسب الملكية فى أثناء نظر الدعوى بمضى المدة المقررة قانوناً للتقادم ، فان القاضى يأمره بنقل وضع اليد على الشىء الى المدعى . أما اذا اكتسب الملكية بالتقادم فى أثناء نظر الدعوى أمره القاضى ، مستنداً إلى وقت الاشهاد على الخصومة، بنقل ملكية الشىء الى المدعى بالطريقة المناسبة لذلك كالاشهاد مثلا إذا كان الشىء نفيساً .

أما فى عهد جوستنيان فكان القاضى يقضى بملكية المدعى للشىء ذاته ، لزوال التفرقة بين الأموال النفيسة وغيرها .

٣٠٧ — **الثمرات** : أما فيما يتعلق بالثمار التى يجب على المدعى عليه ردها أو دفع قيمتها ، فكان القانون الرومانى فى عهد جوستنيان يفرق بين الثمار التى فصلت

قبل زمن الاشهاد على الخصومة (litis contestatio) ، وبين التى فصلت بعده ، وبين واضع اليد بحسن نية وواضع اليد بسوء النية (وتقدير حسن النية هنا أو سوء النية إنما يكون بالنظر الى وقت الفصل لا وقت بدء وضع اليد) .

١ — فيما يتعلق بالثمار المفصولة بعد زمن الاشهاد على الخصومة، فان القانون لا يفرق بين واضع اليد حسن النية وواضع اليد سيء النية ، بمعنى أن كلا منهما يلزم بردها أو دفع قيمتها لعلمهما باحتمال الحكم عليهما برد الشيء . ولا فرق في ذلك بين الثمار التى جنيت بالفعل وبين التى كان يجب جنيها ، وكذلك لا فرق بين الثمار المستهلكة فعلا وبين الثمار الباقية .

٢ — أما فيما يتعلق بالثمار المفصولة قبل زمن الاشهاد على الخصومة ، فانه يجب التفرقة بين واضع اليد حسن النية وواضع اليد سيء النية . فالأول كقاعدة عامة يتملك هذه الثمار بمجرد انفصالها فلا يلزم بردها . إلا أن جوستنيان قيد الحكم المذكور بشرط استهلاكها، بمعنى أن واضع اليد حسن النية يلزم برد الثمار الباقية . وأما الثانى (واضع اليد سيء النية) فحكمه أنه يلزم برد جميع الثمار أيا كانت أو بدفع قيمتها .

٣٠٨ — *التعويض عن الهلاك الجزئى أو التلف* : كذلك قد يسأل المدعى عليه عن هلاك الشيء الجزئى أو تلفه . وذلك مع التفرقة بين ما إذا كان الهلاك الجزئى أو التلف قد حدث بعد الاشهاد على الخصومة أو قبله . ففى الحالة الأولى يسأل المدعى عليه عن هذا الهلاك أو التلف سواء أنشأ عن غشه أم خطئه بل ولو نشأ عن حادث جبرى ، إذ بانعقاد الدعوى صار مهدداً باحتمال ظهور أنه غير مالك فيجب عليه أن يعنى كل العناية بحفظ الشيء المتنازع عليه . إنما يعفى من هذه المسئولية ، إذا أثبت أن الشيء كان هالكا على أى حال ولو كان تحت يد المدعى ، كما إذا هلك الشيء في كارثة عامة ، كغرق شمل بلد المدعى والمدعى عليه مثلا .

أما إذا هلك الشيء أو تلف قبل الاشهاد على الخصومة ، فلا يسأل واضع اليد عن ذلك إذا كان حسن النية ، ويسأل عنه إذا كان سيء النية وكان الهلاك أو التلف ناشئاً عن غش منه أو عن خطئه .

٣٠٩ — **استرداد المصروفات** : إذا أنفق المدعى عليه من ماله على الشيء

لحفظه أو اصلاحه فله مطالبةالمدعى بما صرف . ويفرق جوستنيان بينالمصروفات الضرورية (impenses nécessaires) والمصروفات النافعة (impenses utiles) ومصروفات الزخرفة أو الزينة (impenses voluptuaires) .

فالمصروفات الضرورية هى التى صرفت لحفظ الشيء وصيانته بحيث لولاها لهلك الشيء . ويجوز للمدعى عليه المطالبة بها كلها ، وهذا بدون تفرقة بين واضع اليد حسن النية وواضع اليد سيء النية ، لأنه لو كانت العين تحت يد المالك لاضطر لاجرائها حيث هى لازمة لصيانة ملكه .

والمصروفات النافعة هى التى تزيد فى قيمة الشيء كالبناء مثلا . وهذه يجوز للمدعى عليه المطالبة بها إذا كان حسن النية ، وذلك بقدر ما زاد بسببها فى قيمة الشيء (plus-value)، بشرط أن لا يزيد ذلك عما صرف حقيقة . أما إذا كان سيء النية فلا حق له فى المطالبة بها ، انما له حق الازالة (jus tollendi) بشرط عدم الضرر .

أما نفقات الزخرف والزينة فلا يلزم بها المدعى ، لأنها كماليات تعمل عادة لمنفعة واضعها، وله أن يأخذ منها ما يمكن نزعه بغير تلف .

ويلاحظ أن على واضع اليد إن أراد أن يتمسك بحقه فى المصروفات المتقدمة أن يطالب بها فى أثنـــاء نظر الدعوى بطريق الدفع . فاذا رد الشيء قبل قبض المصروفات التى يستحقها فقد فقد حقه فيها ، إذ ليست له دعوى بالمصروفات المذكورة ، بل كان عليه أن يحبس الشيء تحت يده حتى يوفيه المدعى ما يستحقه من هذه المصروفات .

المبحث الثانى ـ فى دعوى الانكار (L'Action négatoire)

٣١٠ — **موضوعها** : هى دعوى عينية (in rem) مدنية (in jus) يرفعها المالك على الغير ، الذى مع عدم منازعته في ملكية الأول للملكه يدعى بأن له حق ارتفاق عليه ، بنفى حق الارتفاق المذكور واثبات أنه المالك لكل العين وألا حق للغير فيها فى انتفاع أو حق مرور الخ .

هذه الدعوى تحمى حق الملكية بأكمله ، فهى تشترك مع دعوى الاسترداد فى ذلك . وهى تماثلها من حيث اجراءاتها وأحكامها . فكانت ترفع تحت نظام الدعاوى القانونية (legis actiones) بطريق دعوى القسم العينية ، ثم بطريق الدعوى الشخصية المبنية على التعهد الشفوى ، ثم فى العصر العلمى بطريق دعوى الملكية التحكمية . وكذلك يتبع فيها من حيث الموضوع أحكام دعوى الاسترداد .

وانما تختلف عن دعوى الاسترداد من بعض الوجوه :

(١) فبينما دعوى الاسترداد لايجوز رفعها الا من المالك غيرالحائز ، فان دعوى الانكار يجوز رفعها من المالك ، ولو كان واضعاً يده على ملكه بأكمله ، أى ولو لم يكن الغير يستعمل فعلا حق الارتفاق الذى يدعيه .

(٢) كذلك يختلف أمر القاضى (arbitrium) الى المدعى عليه عند ثبوت دعوى المالك فى كل من الدعويين . ففى دعوى الاسترداد يكون أمر القاضى دائماً بالرد ، وهذا بخلاف الحال في دعوى الانكار ، اذ قد يكون بالرد كما فى حالة المنتفع الذى تكون العين تحت يده فعلا ، وقد يكون وهو الغالب بالزام المدعى عليه على التعهد باحترام ملكية المدعى وعدم التعرض له .

(٣) وأخيراً تختلف الدعويان من حيث ماهية الاثبات الملقى على عاتق المدعى ، وهى مسألة اختلف فيها الشراح فى دعوى الانكار ، وذهبوا فيها مذاهب ثلاثة.[١] فيرى المذهب الأول ، وهو المجمع عليه تقريباً فى فرنسا ، بأنه يجب على المالك أن يقيم الدليل على ملكيته ويثبت خلو ملكه من كل حق عليه للغير . وأما المذهب الثانى ، وهو الراجح فى ألمانيا ، فانه لايطلب من المالك سوى اثبات ملكيته فقط ، فان فعل افترض خلو ملكه من كل الحقوق العينية عليه ، ولزم اذن على المدعى عليه أن يثبت الحق الذى يدعيه . ويفرق المذهب الثالث بين حالتين : حالة ما إذا كان المالك يحوز العين بأكملها ، أى ما اذا كان الغير لا يستعمل فعلا الحق الذى يدعيه ، وحالة ما إذا كان المالك يحوز العين مقيدة باستعمال الغير فعلا للحق المذكور . ففى الحالة الأولى لايلزم المالك بأكثر من اثبات ملكيته ، وعلى المدعى عليه اثبات

---

(١) انظر جيرار طبعة سنة ١٩٢٩ ، ص ٣٧٤ هامش ٤

الحق الذى يدعيه . وفى الحالة الثانية يجب على المالك فوق اثبات ملكيته نفى حق الغير على ملكه . وهذا الرأى الأخير ، مع كونه مؤيداً من النصوص . يخالف نظرية القانون الرومانى القائلة بعدم جواز وضع اليد على حقوق الارتفاق .

المبحث الثالث ــ فى الدعوى البريتورية لحماية الملكية

(L'action Publicienne)

٣١١ — تاريخها : تنسب هذه الدعوى الى أحد الحكام القضائيين اسمه (Publicius) . وهو الذى ادمج صيغتها (formule) فى المنشور البريتورى (l'Edit) . ولكن لايعلم تاريخ ظهورها بالضبط . على أنه مما لاشك فيه أنها لاحقة لظهور صيغة دعوى الملكية إذ هى صورة منها ، وانها سابقة لعهد الفقيه (Sabinus) إذ الظاهر انها كانت معلومة لديه .(١)

وقد فقدت هذه الدعوى فى عهد جوستنيان جزءاً كبيراً من مجال تطبيقها ، لزوال حالات الملكية البريتورية التى كانت تحميها . وخصوصاً حالة من يكتسب مالا نفيساً بطريق التسليم . ونعلم من دراستنا السابقة كيف زال فى عصر جوستنيان تقسيم الأشياء الى نفيسة وغير نفيسة وكيف صار التسليم الطريقة الاختيارية الوحيدة لنقل الملكية بالنسبة لجميع الأشياء .

٣١٢ — صيغتها : ويمكن استخلاص صيغتها من نص من النصوص المحققة لجايوس (Gaius IV,36) ، يقرر منح هذه الدعوى لمشتر حصل على الشىء بطريق التسليم ثم فقد وضع يده عليه قبل اتمام مدة وضع يده المكسب وهاك صيغتها « إذا كان الشىء الذى اشتراه المدعى والذى حصل عليه بالتسليم يجب اعتباره ملكا له طبقاً للقانون الرومانى مع افتراض وضع يده عليه مدة سنة .. الخ »

٣١٣ — خصائصها : يمكننا أن نستنبط من الصيغة المتقدمة خصائص هذه الدعوى. فهى دعوى عينية (in rem) مدنية (in jus) وصورية (fictice) ، إذ ترفع بصيغة دعوى الاسترداد مع افتراض أن المدعى أتم مدة وضع اليد المكسب

---

(١) أنظر جيرار طبعة سنة ١٩٢٩ ، ص ٣٧٥ هامش ٢

للملكية . فهي تفترض حينئذ توافر الشروط اللازمة للتقادم من جانب المدعى ما عدا المدة القانونية ، فيجب لاستعمالها أن يكون المدعى قد وضع يده على العين التي يطالب بها بسند صحيح وحسن نية ، ولكن لا يشترط أن يكون قد وضع يده المدة المقررة قانوناً لاكتساب الملكية (سنة أو سنتين على حسب الأحوال) .

على ذلك فالدعوى المتقدمة يمكن استخدامها من كل شخص في طريق اكتساب الملكية بمضى المدة . فهي ممكنة عملا بالنسبة لفريقين من الأشخاص :

١) ممن لهم الملكية البريتورية .

٢) ومن واضعي اليد بحسن نية وهم من اكتسبوا الشيء من غير مالكه بحسن نية . ويحسن دراسة هذه الدعوى بالنسبة لكل فريق على انفراد لاختلاف أحكامها بالنسبة لكل .

١ — بالنسبة لأصحاب الملكية البريتورية

٣١٤ — من له استعمالها : تمنح هذه الدعوى للمالك البريتوري الذي فقد وضع يده للمطالبة برد الشيء اليه وتثبيت حقه عليه .

فهي تعطى لمن حصل على شيء نفيس بطريق التسليم وبسند صحيح ، وهي الصورة المهمة للملكية البريتورية . وتعطى أيضا لغيره ممن اكتسبوا الملكية البريتورية وقد اتينا على بعض منهم عند الكلام على نقل الملكية بحكم قضائي.[1]

وهي تسمح للمالك البريتوري من استرداد ملكه في مواجهة كافة واضعي اليد

٣١٥ — الدفع بالملكية (exceptio justi dominii) : أما اذا رفع المالك البريتوري دعواه على صاحب الملكية الرومانية ، فلا يكون نصيبه النجاح في كل الأحوال ، إذ للمالك الروماني اسقاط دعواه بدفع الملكية (exceptio dominii).

٣١٦ — الرد بدفع الغش أو الشيء المبيع أو المسلم : إنما للمالك البريتوري وسيلة للرد على الدفع المتقدم في حالة ما إذا كان تسليم الشيء النفيس إليه قد صدر من المالك الحقيقي نفسه . فله أن يرد على دفع المالك بالغش أو بالشيء المبيع والمسلم، وكأنه يقول له «لقد بعت لي هذا الشيء النفيس ولم أكتسب ملكيته لعدم حصول الاشهاد وإني مع تسليمي ببقائك مالكا لهذا الشيء الا أنك سيء النية في عدم ترك

(١) راجع ماتقدم ص ١٨٣ و ١٨٤ .

الشىء الى وقد بعته وسلمته لى ، فى هـذه الحالة ينجح المالك البريتورى فى دعواه قبل المالك الرومانى الذى باعه الشىء وسلمه اليه .

§ ٢ — بالنسبة لواضعى اليد بحسن نية

(La publicienne du possesseur de bonne foi)

٣١٧ — *فائدتها بالنسبة لهم* : تعطى أيضـا الدعوى المتقـدمة (action publicienne) لواضعى اليـد بحسن نية [١] . ولـكن كيف تمنح هـذه الدعوى لواضع اليد وهو لا يعتبر مالـكا حتى فى نظر القانون البريتورى ؟

ذلك أن واضع اليد بحسن نية ، كالمالك البريتورى ، فى حالة توصله الى اكتساب الملكية بمضى المدة ، إذ لا ينقصه لذلك سوى المدة المقررة قانونا للتقادم . فيمكنه إذن الانتفاع من الدعوى المذكورة وهى قائمة على افتراض تمام مدة وضع اليد .

وقد سبق أن درسنا المزايا التى يتمتع بها واضع اليد ، فهو يكتسب الملكية بمضى المدة ، ويكتسب الثمرات ، ويتمتع بمركز المدافع فى دعوى الاسترداد المرفوعة عليه من المالك ، وأخيراً له التمتع بأوامر وضع اليد .

وعلى ذلك يمكننا التساؤل عن الفائدة التى يرجوها واضع اليد من رفعه دعوى الملكية البريتورية ، ولديه نظام الأوامر يحميه فى حالة التعرض لوضع يده أو فقده له؟

يمكننا الجواب على ذلك بأن نظام الأوامر ، وإن كان سريع الاجراءات ، إلا أنه باهظ النفقات . كما أنه لا يؤدى إلى تأييد حق واضع اليد إلا مؤقتاً ، إذ يترك موضوع الملكية جانباً . ويجب ألا ننسى أن دعوى استرداد الحيازة ، كما انتهت إليها أوامر رد الحيازة فى عصر جوستنيان ، مقيدة بمدة سنة . فلا يكون أمام واضع اليد حسن النية بعد مضى هذه السنة سوى دعوى الملكية البريتورية لاسترداد العين التى خرجت من تحت يده .

وهكذا يمكننا أن نفسر استخدام واضع اليد لهذه الدعوى سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع .

---

(١) وان كان بعض الشراح ، ومنهم (Brinz) و (Appleton) يعارض فى منح هذه الدعوى إليهم — انظر جيرار ، طبعة سنة ١٩٢٩ . ص٣٧٦ هامش ١ .

ولكن إذا كان لواضع اليد حسن النية وسيلة لاسترداد الشيء عند فقد وضع يده عليه ، فانه لا ينجح دائماً في استرداده . إذ قد يعترض دعواه بعض الدفوع التي تؤدي إلى إسقاط دعواه . هذه الدفوع هي :

٣١٨ — ١ — الدفع بالملكية : (l'exception Justi dominii) : فاذا رفع واضع اليد دعواه على المالك الحقيقي الذى عاد اليه ملكه ، فلهذا الأخير أن يدفع بملكيته ، وليس لواضع اليد في هذه الحالة أن يرد بالغش أو بالشيء المبيع والمسلم ، ويخسر إذن دعواه إذا أثبت المالك صحة دفعه أى أثبت أنه المالك الحقيقي .

مثال ذلك إذا اشترى (ا) من (ب) شيئاً غير مملوك لهذا الأخير فان (ا) لا يكتسب الملكية ، بل يعتبر فقط واضع يد ، ولكن يمكنه اكتساب الملكية بالتقادم . فاذا فقد وضع يده على المبيع قبل تمام مدة التقادم وعاد المبيع إلى مالكه الحقيقي (حـ) ثم رفع (ا) دعواه على (حـ) وهى الدعوى البريتورية المذكورة ،كان للمالك وهو (حـ) أن يدفع هذه الدعوى بدفع الملكية . ويترتب على هذا الدفع رفض الدعوى إذ ليس لدى (ا) ما يرد به عليه .

٣١٩ - ٢ - الدفع بتكافؤ السند : (l'exception paris bonae fidei possessionis) : قد يفقد واضع اليد دعواه أيضاً إذا رفعها على واضع يد بحسن نية مثله . انما يجب أن نفرق بين حالتين :

الحالة الاولى : اذا اكتسب الاثنان الشيء من شخصين مختلفين غير مالكين ، فواضع اليد الحالى منهما هو الذى ينجح فى الدعوى المذكورة .

مثال ذلك اشترى (ا) شيئا من (ب) وهو غير مالك . وفقد (ا) وضع يده على المبيع فيشتريه (حـ) من (د) وهو أيضاً غير مالك . فاذا رفع (ا) الدعوى على (حـ) مطالباً إياه برد الشيء اليه كان لهذا الأخير اى (حـ) أن يدفع دعوى (ا) بوضع يده ، ويترتب على دفعه هذا أن يفقد (ا) دعواه بناء على القاعدة المشهورة «عند تكافؤ السند يفضل واضع اليد» (in pari causa melior est possidentis) . فكلاهما فى مركز مساو للآخر ،اذ كل منهما واضع يد بحسن نية ، وانما يمتاز واضع اليد الفعلى بوضع يده ولذلك يحتفظ به .

الحالة الثانية : اذا اكتسبا الشيء من شخص واحد غير مالك ، فان واضع اليد الأول منهما هو الذى يفوز فى الدعوى المذكورة ، اذ له الدفع بالأسبقية (l'exception rei primo venditae et traditae).

يمكنا أن نستنبط مما تقدم أن واضع اليد لاينجح فى دعواه البريتورية الا فى مواجهة واضع يد أضعف مركزاً منه سواء أكان من الوجهة القانونية أم من وجهة وضع اليد .

٣٢٠ — **الدعوى البريتورية فى عهد جوستنيان :** فقدت هذه الدعوى كثيراً من أهميتها فى عصر جوستنيان . فقد كانت تستخدم كوسيلة لحماية الملكية البريتورية وخصوصا فى حالة نقل شيء نفيس بطريق التسليم وهى حالة زالت بزوال التفرقة بين الأشياء النفيسة والأشياء غير النفيسة .

وصار مجال تطبيقها مقصورا على واضعى اليد بحسن نية . هذا ويقول جوستنيان بجواز استعمال هذه الدعوى البريتورية من المالك الرومانى (propriétaire quiritaire) بدلا من دعوى الاسترداد . إذ هى أسهل من الأخيرة من حيث الاثبات [١].

وهكذا صارت أهمية الدعوى المتقدمة محدودة فى عصر جوستنيان وهى غير موجودة فى قانوننا الحاضر . فليس لواضع اليد الآن دعوى ملكية (action pétitoire) بل له فقط استعمال دعاوى وضع اليد (actions possessoires) .

---

(١) انظر فى علاقة الدعوى البريتورية بدعوى الاسترداد فى القانون الفرنسى (Appleton) ، المجلة العامة للقانون ، سنة ١٩٢٣ ، ص ١٥٤ — وكولان وكابيتان ، الجزء الاول ، نبذة ٩٦٢ .

الباب الثانى

فى الحقوق العينية المقررة على مال الغير

(Jura in Re Aliena)

هى حقوق عينية ، أى واقعة مباشرة على الشىء مثل حق الملكية ، ولكنها تختلف عنها فى أنها مقررة على عين مملوكة للغير ، ولذلك يطلق عليها عبارة (jura in re aliena). هذه الحقوق كانت محدودة العدد فى القديم ، ثم صار عددها وفيراً فى عهد جوستنيان .

فحقوق الارتفاق وحدها هى التى ترجع إلى عهد القانون القديم . وربما رجعت إلى نفس التاريخ الذى ظهرت فيه الملكية الفردية . ويظهر هنا أيضاً ،كما فى باب الملكية ذلك التمييز بين طريقة اكتساب الحق وسند اكتسابه . فالاتفاق المجرد لا يكفى لانشاء حق ارتفاق ، بل لابد من طريقة (mode) لانشائه . إلا أن هناك استثناء خاصاً بحقوق الارتفاق الاقليمية ، فقد تنشأ بالاتفاق وحده . وكذلك الحقوق العينية البريتورية والأمبراطورية ، وهى الرهن غير الحيازى (hypothèque) والاستقرار (superficie) والحكر (emphytéose) واجارة الأراضى الخراجية ، فانها تنشأ أيضاً بمجرد الاتفاق بدون حاجة إلى نقلها بطريقة خاصة .

وسندرس تباعاً هذه الحقوق فى فصلين : الأول فى حقوق الارتفاق ، والثانى فى باقى الحقوق العينية الأخرى.

الفصل الأول

فى حقوق الأرتفاق (Les servitudes)[1]

حق الارتفاق يمكن تعريفه بأنه حق عينى مقرر على مال مملوك للغير لمنفعة شخص معين أو لمنفعة عقار معين .

نستنبط من ذلك أن حقوق الارتفاق عند الرومان تنقسم الى قسمين :

١ ـــ حقوق ارتفاق عينية (servitudes réelles) وهى التى تطابق حقوق الارتفاق كما نفهمها الآن ، أى تكاليف مقررة على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لشخص آخر ، كحق المرور وحق الشرب .

٢ ـــ وحقوق ارتفاق شخصية (servitudes personnelles) وهى المقررة لمنفعة شخص معين . وتشمل حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى وحق استخدام العبيد أو الحيوان . وسندرس :

أولا : تاريخ حقوق الارتفاق

وثانيا : أنواع حقوق الارتفاق ومفرداتها

وثالثاً : طرق انشائها واكتسابها

ورابعاً : أسباب زوالها

وخامساً : وسائل حمايتها

المبحث الاول ـــ فى التطور التاريخى لحقوق الارتفاق

٣٢١ ـــ **حقوق الارتفاق العينية الزراعية** : كانت أول حقوق الارتفاق التى ظهرت بروما هى حقوق الارتفاق الزراعية أى المقررة لمنفعة الاراضى الزراعية . وهى المسماة (servitutes praediorum rusticorum) كحق المرور وحق الشرب وهى موجودة حتى وقتنا الحاضر .

---

(١) راجع Destrais, Propriété et servitudes en droit romain, 1885, pp 254-491.

ويذهب بعض شراح القانون المدنى الى اعتبار حق الارتفاق جزءا من حق الملكية ،نشأ بفصل المالك منفعة عن حقه لاعطائها الى مالك آخر. الا أن هذا الرأى ، مع أنه يقبل النقد من الوجهة النظرية البحتة ، غير صحيح من الوجهة التاريخية. إذ من الثابت أن حق الارتفاق لم ينشأ من طريق المنح من المالك ، وانما كان كأثر من آثار استغلال الأراضى وقت أن كانت الملكية جماعية(propriété collective) ، فعند ماوزعت هذه الأراضى كنتيجة لظهور نظام الملكية الفردية ، دعت الضرورة إلى تقرير حقوق ارتفاق لمصلحة بعض العقارات على العقارات الأخرى لامكان الاستمرار فى الانتفاع بها كما فى القديم .

وقد نصت الالواح الاثنا عشر على أهم الارتفاقات الزراعية كحق المرور والشرب والمجرى . ولكنها لم تذكر بخصوصها عبارة الارتفاق . ذلك أن فكرة الارتفاق ، باعتباره تكليفا مقرراً على عقار مملوك للغير ، لم تكن قد عرفت بعد . بل كان المنتفع بحق الارتفاق يعتبر مالكا للجزء الذى ينتفع به ، فصاحب حق المرور مثلا مالك للممر وصاحب حق الشرب مالك للمجرى أو المسقى الخ . ثم ميز الرومان بين الحق ذاته ، وهو شيء معنوى ، والشيء محل الحق والمملوك للغير . وبذا أمكن القول بأن حق الارتفاق هو حق (res incorporalis) مقرر لعقار على عقار آخر . ويقال للعقار المنتفع من حق الارتفاق العقار المخدوم (fonds dominant) أو المرتفق ويسمى العقار المقرر عليه العقار الخادم (fonds servant) أو المرتفق به.

٣٢٢ — *ظهور حقوق الارتفاق العينية البنائية* : كانت حقوق الارتفاق الزراعية هى حقوق الارتفاق الأولى التى عرفت في روما . غير أنه لما أعيد إنشاء روما بعد تخريبها من رجال الغال عند غزوهم لها فى سنة ٣٩٠ قبل الميلاد ، ظهرت حقوق ارتفاق جديدة لمنفعة العقارات المبنية . وتعرف حقوق الارتفاق هذه بالمدنية أو البنائية (servitutes praediorum urbanorum) . اذ شيدت المبانى الجديدة متلاصقة وبحيطان مشتركة مما دعا الى تقرير حقوق ارتفاق على بعضها لمنفعة البعض الآخر كحق المطل وحق الاستناد وحق المسيل الخ .

٣٢٣ — **ظهور حقوق الارتفاق الشخصية** : وأخيراً ظهرت فى القرن السابع لروما حقوق ارتفاق جديدة على مال الغير وهى حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكنى وحق استخدام العبيد . ويسميها جوستنيان حقوق الارتفاق الشخصية (servitutes personarum) لأنها مقررة لمنفعة شخص . وهى حقوق عينية كحقوق الارتفاق العقارية .

٣٢٤ — **صفات عامة لحقوق الارتفاق** : لماذا أطلق جوستنيان على هذه التكاليف المقررة لمنفعة شخص معين عبارة الارتفاق ؟

سميت كذلك لأن لها صفات مشتركة مع حقوق الارتفاق العينية :

١ — فجميعها حقوق عينية ، فحق الارتفاق الشخصى كحق الارتفاق العينى ، مسلط مباشرة على شىء للغير ونافذ على كل حائز لهذا الشىء ، ومحمى بدعوى عينية تتبع العين أينما كانت . ويترتب على ذلك أن لصاحب حق الارتفاق أن ينتفع بالعقار الخادم أو أن يمنع اجراء شىء معين عليه ولكن ليس له أن يطلب الى مالك العقار الخادم أن يفعل أمراً ما . وهو مايعبر عنه بقولهم (servitus in faciendo consistere non potest) . فهذا المبدأ مشترك بين حقوق الارتفاق العينية والشخصية .

٢ — وهى حقوق عينية مقررة على مال الغير فلا يمكن أن يكون لشخص حق ارتفاق على ماله . وهو ما يعبر عنه بقولهم (Nemini res sua servit) .

٣٢٥ — **أوجه الاختلاف بين حقوق الارتفاق العينية والشخصية** : إلا أن هناك اختلافات هامة بين النوعين ويمكن حصرها فيما يأتى :

١ — حقوق الارتفاق العينية رابطة بين عقارين ، العقار الخادم والعقار المخدوم ، أو هى مقررة على عقار لمنفعة عقار مملوك لشخص آخر .

بخلاف حقوق الارتفاق الشخصية فهى مقررة لمنفعة شخص معين .

٢ — حقوق الارتفاق العينية لاتكون إلا على عقار ، بخلاف حقوق الارتفاق الشخصية فقد تكون فى بعض الأحوال على منقول .

٣ — حقوق الارتفاق العينية — وهى علاقة بين عقارين — دائمة كحق الملكية

ما دام العقاران . فينتفع بها جميع الملاك المتتابعين للعقار المخدوم ، ويتحملها جميع الملاك المتتابعين للعقار الخادم .

بخلاف حقوق الارتفاق الشخصية . فهي غير دائمة بطبيعتها ، بل هي موقوتة على الأكثر بوفاة صاحبها .

المبحث الثاني ـ في أنواع حقوق الارتفاق ومفرداتها

§ ١ — حقوق الارتفاق العينية (Les servitudes prédiales)

٣٢٦ — *تعريفها وخصائصها* : حق الارتفاق العيني حق عيني مقرر على عقار ويقال له العقار الخادم ، لمنفعة عقار آخر يقال له العقار المخدوم .

يترتب على ذلك ١ ـ أنه لما كان حق الارتفاق العيني رابطة بين عقارين ، كان لابد من التصاق العقارين (causa naturalis) حتى يمكن استعماله . وقد كانت هذه القاعدة مطلقة في القانون القديم ، اذ لم يتصور في هذا العصر قيام حق ارتفاق بين عقارين غير متصلين . ثم استبعدت هذه القاعدة بالنسبة لحقوق الارتفاق البنائية . فيمكن تقرير حق المطل بين عقارين يفصلهما ميدان أو حديقة .

٢ — حق الارتفاق العيني مقرر لمصلحة عقار لا لمصلحة شخص معين . يترتب على ذلك أن حق الارتفاق العيني يتكون من منفعة تزيد في قيمة العقار المخدوم لا من منفعة شخصية لمالك هذا العقار . فحق اجراء المياه في ملك الجار ، أي الأرض المجاورة ، يمكن أن يكون محلا لحق ارتفاق . أما حق الصيد الذي يكون لشخص على عقار فلا يكون موضوعاً لحق ارتفاق .

٣ — حق الارتفاق العيني حق دائم أو أبدي مادام العقاران (causa perpetua)

٤ — لا يجوز التصرف فيه مستقلا عن العقار فلا يجوز بيعه أو اجارته أو رهنه أو حجزه مستقلا .

٥ — وهو حق غير قابل للتجزئة . فاذا قسم العقار الخادم أو المخدوم على عدة شركاء فكل منهم يلتزم في نصيبه بالحق كله وينتفع به كله . وكذلك إذا كان العقار مملوكا لعدة أشخاص فلا يجوز تقرير حق ارتفاق عليه من غير رضاء جميع الشركاء في الملك .

٣٢٧ — *التمييز بين حقوق الارتفاق العينية الزراعية والبنائية* : سبق أن بينا أن حقوق الارتفاق العينية نوعان : زراعية وبنائية . ولكن ما هو أساس التمييز بينهما ؟

ترجع هذه التفرقة إلى شكل العقار المخدوم . فحقوق الارتفاق البنائية هى المقررة لمنفعة عقار مبنى ، ولو لم يكن بالمدن . أما حقوق الارتفاق الزراعية فهى المقررة لمنفعة عقار غير مبنى ، ولو كان كائناً بالمدينة . فحق الارتفاق الواحد قد يكون فى بعض الأحوال بنائياً اذا كان مقرراً لمنفعة عقار مبنى ، وقد يكون بذاته زراعيا اذا كان مقرراً لمنفعة عقار غير مبنى (١) .

لهذه التفرقة أهمية خاصة فى القانون الرومانى ، إذكان يعتبر حق الارتفاق الزراعى دون البنائى من الأشياء النفيسة ، كما أنهما يختلفان من حيث أسباب زوالها كما سيأتى بعد .

٣٢٨ — *أهم حقوق الارتفاق الزراعية* : حقوق الارتفاق الزراعية كقاعدة عامة حقوق ايجابية ، بمعنى أنها تستلزم للانتفاع بها قيام صاحب العقار المخدوم بأفعال مادية على العقار الخادم عن القيام بعمل معين بملكه. وأقدم هذه الحقوق هى الاتية :

ا — حق المرور وكان أنواعاً ثلاثة : ١ — (iter) ويسمح لصاحبه بالمرور بأرض الجار راجلا أو راكبا : ٢— (actus) ويسمح لصاحبه عدا ما تقدم أن يمر بمواشيه أيضا . ٣ — (via) ويشمل عدا ما تقدم أن يمر بعرباته .

ب— وحق المجرى، أى اجراء المياه في أرض الجار المجاورة لرى الأرض منها (acquae ducendae) . ثم نشأ بعد ذلك حق سقى الدواب الزراعية على أرض الغير ، وحق رعيها في مرعى الغير ، ثم حق أخذ رمال أو أحجار أو أشجار من أرض الغير أو غابته لاستخدامها فى أرضه .

٣٢٩ — *حقوق الارتفاق البنائية* : قد تكون ايجابية أو سلبية . وهاك أهمها : حق تصريف المياه المنزلية بأرض الجار (cloaca) وهو أقدم حقوق الارتفاق البنائية . ثم نشأت حقوق جديدة لم يمكن تصور نشوئها الا بعد أن استبدلت بالمبانى

---

(١) راجع جيفار ، طبعة سنة ١٩٣٤ ، الجزء الاول ، ص ٤١٠ هامش ٥١

القديمة التى كانت على دور واحد مبان مكونة من عدة أدوار ، ومنها حق الاستناد (servitude d'appui) فوق حائط الجار أو تركيب ألواح السقف فيها ، وحق المطل (de vue ou de jour) وهو حق التمتع بالنظر وبالنور ويستلزم عدم البناء من الجار ، وارتفاق عدم التعلى (servitus altius non tollendi) ، وحق تصريف مياه الأمطار على مبانى الجار .

§ ٢ — حقوق الارتفاق الشخصية (Les servitudes personnelles)

هى حقوق عينية مقررة لمنفعة شخص على مال مملوك لشخص آخر . فهى حقوق مؤقتة . وكما يمكن تقريرها على عقار يمكن تقريرها أيضا على منقول . وهى محصورة العدد ، وقدحصرها الامبراطور جوستنيان فى أربعة : (ا) حق الانتفاع (ب) حق الاستعمال (ح) حق السكنى (د) حق استخدام العبد أو الحيوان .

وقد زال النوع الأخير (حق استخدام العبد والحيوان) من القوانين العصرية وبقيت حقوق الانتفاع والسكنى والاستعمال ، ولكن لا باعتبارها حقوق ارتفاق بل كحقوق عينية .

١ — حق الانتفاع (L'usufruit) [1]

٣٣٠ — **تعريف** : يمكن تعريفه بأنه حق استعمال شىء مملوك للغير والتمتع بثمراته بشرط استبقاء عينه .

فهو يشمل حق الاستعمال (jus utendi) أو (l'usus) ، وحق أخذ الثمرات (jus fruendi) أو (le fructus) ، دون حق التصرف (jus abutendi) أو (l'abusus) .

٣٣١ — **خصائص** : ١ — هو حق عينى ، فعلاقة المنتفع مع المالك تختلف كل الاختلاف عن علاقة المستأجر والمالك . فالمنتفع ، كالمستأجر ، له الانتفاع بالشىء وأخذ ثمراته . ولكن حق المستأجر شخصى ، والعلاقة الناشئة بينه وبين المالك

---

(١) راجع كيك ، طبعة سنة ١٩٢٨ ، ص ٣٣٢ و ٣٤١ — ومقال (Masson) المنشور فى مجلة تاريخ القانون ، سنة ١٩٣٤ ، ص ٨ — ٤٨ و ١٦١ — ٢١٨ — ومقال (Buckland) المنشور فى مجلة (Law Quarterly Review) ، سنة ١٩٢٧ ، ص ٣٢٦ — ٣٤٨ .

علاقة شخصية ، أى علاقة التزام . وعلى خلاف ذلك لا يوجد ، كقاعدة عامة ، أى التزام بين المالك والمنتفع ، اذ للمنتفع حق عينى على الشيء مباشرة .

٢ — حق الانتفاع حق مؤقت ، فهو موقوت كقاعدة عامة بحياة المنتفع ، وغير قابل للتصرف فيه ، فلا يجوز للمنتفع التصرف فيه . انما يجوز له التنازل عن استعماله للغير لمدة حياته .

يترتب على ذلك أن المنتفع اذا أجر الشيء ثم توفى قبل انتهاء الاجارة ، فان الاجارة يقف أثرها بوفاة المنتفع . ولا يخفى مافى ذلك من الغبن على المستأجر الذى يكون قد تحمل نفقات كثيرة بقصد تهيئة العقار للاستغلال .

٣ — وأخيراً هو حق قابل للانقسام ، بخلاف حقوق الارتفاق العينية كما قدمنا.

٣٣٢ — *الاشياء التى يصح تقرير الانتفاع عليها* : يمكن تقرير حق الانتفاع على عقار أو منقول ، ولكن بشرط ألا يكون من الأشياء التى تهلك بمجرد استعمالها . إذ لا يخول الانتفاع للمنتفع حق التصرف فى الشيء والاستهلاك نوع من التصرف.

ولكن هذه القاعدة لم تستمر على اطلاقها ، فقد صدر فى أوائل الامبراطورية قانون يبيح الوصية بحق الانتفاع على الأموال المثلية والنقود التى يتركها الموصى عند وفاته ويقال له شبه الانتفاع (quasi usufruit) . ويكون المنتفع في هذه الأحوال مالكا للشيء محل حقه ، فله الانتفاع به باستهلاكه أو التصرف فيه ، ولكنه يلتزم برد مثله أو قيمته عند انتهاء الانتفاع بسبب من أسباب زواله .

كذلك تقرر جواز انشاء شبه حق انتفاع على مقدار من النقود كدين . وللمنتفع فى هذه الحالة أن يقبض أقساط الدين وفوائده وله قبض الدين اذا استحق وله استغلاله وأخذ غلته ، على أن يرد أصل الدين عند انتهاء الانتفاع .

٣٣٣ — *حقوق المنتفع* : ١ — له حق استعمال الشيء وملحقاته ، كركوب الدابة أو سكنى الدار .

٢ — له حق استغلال الشيء ، أى جنى ثمراته ، سواء أكانت طبيعية كثمار الأشجار ونتاج الدواب (دون أولاد الرقيقة)، أم مدنية . ويشمل كل فائدة يحصل عليها المنتفع من تنازله عن حقه فى أخذ الثمرات سواء ببيعه أو تأجيره ، كأجرة المنزل أو الأرض الزراعية .

ولما كان حق الانتفاع حقاً شخصياً مقررا لمنفعة المنتفع ، لم يكن لهذا الأخير حق التصرف فيه . انما يجب أن نفرق بين الحق ذاته وبين استعماله . إذ للمنتفع أن يتنازل عن حقهفي أخذ الثمرات لغيره ، سواء أحصل هذا التنازل بعوض أم بدون عوض . وانما يبقى حق الانتفاع ذاته متعلقاً بشخصه ، ويستمر المنتفع مرتبطا بالواجبات المترتبة على الحق المذكور قبل المالك ، وليس له أن يتخلص منها بأى تصرف من التصرفات .

ولما كان المنتفع حائزاً فقط (simple détenteur) ، لم يكن له الانتفاع بأوامر وضع اليد . ولكن سنرى أن البريتور منحه الأوامر المذكورة بطريق التوسع .

٣٣٤ — *علاقة المنتفع بمالك الرقبة - التزامات المنتفع* : ترجع طبيعة هذه العلاقة الى طبيعة حق الانتفاع نفسه باعتباره حقا عينياً . فهو حق مباشر على الشيء للمنتفع استعماله مستقلا عن المالك . فلكل منهما حق مستقل عن الآخر ، للمالك سلطة التصرف فى العين وللمنتفع سلطتا الاستعمال والاستغلال .

لذلك كانت هذه العلاقة لاتتضمن أى التزام على أحد الطرفين قبل الآخر[١]. ومثلهما مثل مالكين متجاورين كل منهما وشأنه فى ملكه مع احترام ملك غيره بعدم سرقته أو اتلافه اتباعا للمبادىء العامة . فلم يكن على المنتفع أن يعتنى بالعين أو يحافظ عليها من الخطر أو الضرر ، وله أن ينتفع بها وألا ينتفع ولو ترتب على اهماله الانتفاع ضرر بالعين .

كذلك لم يكن على المنتفع أن يتكلف مشقة رد العين بالفعل الى مالكها عند انتهاء حق الانتفاع ، بل له أن يتركها أو يهملها حتى يسعى اليها مالكها أو يطالب بها .

لذلك تدخل البريتور لعلاج هذه الحالة . فألزم المنتفع بأن يعتنى بالعين عناية رب الأسرة بأمواله عادة ، وأن يتعهد بردها بنفسه عند نهاية حق الانتفاع أو بواسطة ورثته بعد وفاته .

الا أن هذا الالتزام بالرد لاينشأ عن حق الانتفاع ذاته ، وانما عن تعهد

---

(١) انظر جيرار . طبعة سنة ١٩٢٩ . ص ٣٩٣ هامش ١

المنتفع به ، ذلك التعهد الذى كان يلزمه البريتور به عند تسلمه العين المقرر عليها حقه . وكان يضمنه في هذا التعهد ضامنون يكفلون رد الشيء عند نهاية الانتفاع به.

ويقال لهذا التعهد (cautio usufructuaria) ، وهو مثل للاشتراطات البريتورية (stipulations prétoriennes) . وهكذا نشأت التزامات معينة على المنتفع فى علاقته مع مالك الرقبة .

هذه الالتزامات المقررة على المنتفع يقررها أيضاً القانون الحاضر ، ولكنها لا تنشأ من اشتراطها على المنتفع عند ابتداء الانتفاع كما فى القانون الرومانى ، وانما تلزمه بحكم القانون نفسه ، الذى جعل هذا الاشتراط ضمنيا فى جميع الأحوال .

٢ — حقوق الارتفاق الشخصية الأخرى

٣٣٥ — ١ — **حق الاستعمال** (droit d'usage) : هو حق عينى مقرر على مال الغير وشبيه بحق الانتفاع مع هذا الفارق وهو أن لصاحبه حق الاستعمال (jus utendi) دون حق الاستغلال (jus fruendi) . فليس لصاحب الحق أن يستثمر حقه ببيعه أو تأجيره ولا أن يتصرف فيه بالهبة لغيره لأنه حق متعلق بشخصه ومقصود به منفعته الخاصة . غير أنه من الصعب التفرقة بين الاستعمال والاستغلال فى حالة ما إذا كانت العين المقرر عليها الحق المذكور من الأشياء المثمرة (choses frugifères) . لذلك قضت بعض نصوص القانون الرومانى بجواز تمتع صاحب حق الاستعمال بجزء من ثمرات العين المقرر عليها حقه وذلك بالقدر اللازم له ولأسرته ، حتى يكون لهذا الحق فائدة جدية [١] .

٣٣٦ — ٢ — **حق السكنى** (droit d'hadition) : هو نوع من حق الاستعمال خاص بالمنازل . ولذلك كان من الصعب التمييز بينهما . إلا أن فقهاء الرومان فرقوا بينهما من الأوجه الآتية : ١ — حق السكنى ، بخلاف حق الاستعمال ، لا يسقط بالموت المدنى أو بعدم الاستعمال ٢ — صاحب حق السكنى ، وإن كان محروماً من التصرف فى حقه بدون عوض كهبته ، فان له الكسب منه ببيعه او إجارته مثلا .

---

(١) انظر فى حقوق من له حق الاستعمال كيك ، طبعة سنة ١٩٢٨ ، ص ٣٤٠

٣٣٧ — ٣ — **حق استخدام الرقيق او الحيوانات المنزلية** (operae) :
وينشأ هذا الحق عادة بطريق الوصية لمنفعة الورثة من الأقارب ، وغالباً الزوجة.
وهو ، كالحق المتقدم ، يتميز عن حق الاستعمال من الوجهين المذكورين ، مضافاً اليهما انتقاله إلى ورثة الموصى إليه به عند وفاته .

المبحث الثالث

فى طرق إنشاء حقوق الارتفاق أو اكتسابها

بعد أن درسنا تاريخ حقوق الارتفاق وأنواعها ، يصح أن نبين القواعد الخاصة بطرق اكتسابها . ذلك أن حق الارتفاق فى القانون القديم ، كحق الملكية ، كان لابد لانشائه من طريقة خاصة بذلك ، ولا يكفى الاتفاق وحده لتحقيق الغرض المذكور . ولم يستثن من هذه القاعدة سوى حقوق الارتفاق المقررة على العقارات الأقليمية . غير ان هذه القاعدة قد تعدلت فى عصر جوستنيان . لذلك سندرس :

أولا — طرق اكتساب حقوق الارتفاق فى القانون القديم .

ثانياً — طرق اكتساب حقوق الارتفاق الخاصة بالعقارات الاقليمية .

ثالثاً — طرق اكتساب حقوق الارتفاق عموماً في عصر جوستنيان .

(أولا) طرق اكتساب حقوق الارتفاق فى القانون القديم

يمكن انشاء حق الارتفاق باحدى طريقتين : إما بطريقة مباشرة بأن يقرره المالك مباشرة على ماله لمنفعة غيره كأن يقرر الموصى في وصيته حق الانتفاع على ماله لآخر أو يبيع حق المرور على أرضه لمنفعة جاره ، وإما بطريقة غير مباشرة بأن يحتفظ به المالك عند التنازل عن ملكه لشخص آخر كأن يبيع أرضه أو يوصى بعقاره إلى آخر مع الاحتفاظ بحق ارتفاق عليه لمصلحته أو لمصلحة ورثته أو لمصلحة عقار آخر له .

وتسمى الطريقة الأولى (translatio servitutes) ، أى نقل الحق إلى آخر . ويقال للطريقة الثانية (deductio servitutes) ، أى الاحتفاظ بالحق أو نقصه من الملكية التى يتنازل عنها .

٣٣٨ — *انشاء حقوق الارتفاق بطريقة مباشرة* (translatio servitutes) : يمكن أن يتم ذلك بأحد الأسباب الآتية :

١ — بالوصية ، فيقرر الموصى حق الارتفاق فى وصيته .

٢ — بالدعوى الصورية وذلك باستخدام دعوى الاعتراف (action confessoire) وهى الدعوى المقررة لحماية حقوق الارتفاق بصفة صورية . فيتقدم من يراد انشاء حق الارتفاق لمصلحته مع المالك أمام الحاكم القضائى ، ويدعى الحق المراد تقريره ولا ينازعه المالك فى ادعائه ، فيؤيد الحاكم ذلك .

٣ — بالاشهاد بالنسبة لحقوق الارتفاق الزراعية التى تعتبر وحدها من الأشياء النفيسة . فاذا لم يستعمل الاشهاد في تقريرها ، لا تنشأ هذه الحقوق فى نظر القانون المدنى .

٤ — بحكم القاضى (adjudicatio) في دعاوى قسمة المشاع أو التركة أو فصل الحدود السابق الكلام عليها فى باب نقل الملكية بمعرفة السلطة القضائية . فللقاضي في الدعاوى المذكورة أن يقرر حق ارتفاق لأحد الخصوم على عقار الآخر .

يلاحظ على ما تقدم أن طرق اكتساب حقوق الارتفاق محدودة وأقل عدداً من طرق اكتساب الملكية . فلا يجوز اكتساب حق الارتفاق باستعماله مدة معينة أو بطريق التسليم . ويرجع ذلك الى أن حق الارتفاق على نقيض الملكية حق معنوى ، ومضى المدة أو التسليم يستلزم وضع اليد ، وهو لا يكون الا على الأشياء المادية ، وحيث لا يمكن وضع اليد على حق الارتفاق ، فلا يمكن اكتسابه بمضى المدة أو نقله بطريق التسليم .

٣٣٩ — *انشاء حقوق الارتفاق بطريقة غير مباشرة* (deductio servitutes) وهو عبارة عن انشاء حق الارتفاق تبعاً لنقل ملكية العين المراد تقرير حق الارتفاق عليها كما اذا قسم مالك ملكه الى قطعتين ، باع احداهما واحتفظ بالأخرى ، ولكنه يريد أن يقرر لمصلحة القطعة التى احتفظ بها حق ارتفاق كحق مرور مثلا على القطعة التى تصرف فيها ، فيشترط لمصلحته فى العقد الناقل للملكية حق المرور المذكور .

هذه الطريقة غير ممكنة ، كقاعدة عامة ، الا اذا استخدم لنقل الملكية طريق من الطرق الرسمية كالوصية أو الاشهاد أو الدعوى الصورية .

(ثانياً) طرق اكتساب حقوق الارتفاق على الأراضى الاقليمية

٣٤٠ — **اكتساب حقوق الارتفاق الاقليمية بالاتفاق المصحوب بتعهد شفوى** (pactes et stipulations) : كانت الأراضى الاقليمية معتبرة من الأشياء غير النفيسة ، ولذا كان لا يمكن استخدام الاشهاد أو الدعوى الصورية لانشاء حقوق ارتفاق عليها . انما كان يمكن تقرير هذه الحقوق عليها بمجرد اتفاق الطرفين على تقريرها مع تعهد المالك بأن يمكن صاحب الارتفاق من استعمال حقه . (١)

(ثالثاً) طرق اكتساب حقوق الارتفاق فى عهد جوستنيان

لم يبق من طرق القانون القديم سوى الوصية وحكم القاضى . أما الاشهاد والدعوى الصورية فقد زالا فى عصر الامبراطورية . واستبدل بالاشهاد ، كطريقة غير مباشرة لانشاء حق الارتفاق ، التسليم . واستبدل بالدعوى الصورية ، كطريقة مباشرة ، الاتفاق المصحوب بالتعهد الشفوى الذى عم تطبيقه بالنسبة لجميع الأموال بعد أن كان مقصوراً على الأراضى الاقليمية كما تقدم آنفاً .

هذا ـ وهو المهم ـ فقد أمكن اكتساب حق الارتفاق أيضا بمضى المدة وبطريق التسليم الذى سمى فيما يتعلق بحقوق الارتفاق بشبه التسليم (quasi - traditio) .

٣٤١ — **شبه وضع اليد على حقوق الارتفاق** : وقد انتهى الأمر بفقهاء الرومان الى تقرير امكان وضع اليد على حق الارتفاق . فكما أنه يجوز أن يضع شخص يده على ملك الغير بأن يظهر عليه بمظهر المالك ، يجوز أيضا أن يظهر عليه بمظهر المنتفع أو صاحب حق المرور . وقد جاء ذلك نتيجة لحماية البريتور المنتفع فعلا بحق الارتفاق بنظام يشبه نظام أوامر وضع اليد . فقد منحه أوامر خاصة فيما يتعلق بحقوق الارتفاق العينية ، وأوامر وضع اليد بطريق التوسع فيما يتعلق بحق الانتفاع .

---

(١) راجع كولينيه ، فى مجموعة الابحاث Travaux de Perozzi ، الجزء الأول ، ص ١٦١ .

وسمى وضع اليد فى هذه الحالة بشبه وضع اليد (quasi possessio) ، احتراما للتفريق القديم بين الأشياء المعنوية والأشياء المادية . وكان من نتيجة جواز اكتساب الارتفاق اجبارياً بمضى المدة أن تقرر اكتسابه أيضا اختيارياً بشبه التسليم [1] .

٣٤٢ — **التقادم الخاص بحقوق الارتفاق** : ويكفى لاكتساب حق الارتفاق بمضى المدة استعماله فعلا المدة المقررة قانوناً للتقادم ، وهى ١٠ أو ٢٠ سنة على حسب الأحوال ، بدون اشتراط السبب الصحيح أو حسن النية ، ولكن بشرط ألا يكون وضع اليد معيباً ، أى ألا يكون خفياً أو مستنداً على القوة أو الاكراه .

٣٤٣ — **شبه التسليم كطريقة لانشاء حقوق الارتفاق** : يكون ذلك بتوافر أمرين :

١ — الاستعمال (usus) ، أى استعمال من تقرر له الارتفاق هذا الحق بالفعل .

٢ — وبترك المالك صاحب حق الارتفاق يستعمل حقه المذكور . لذلك كانت هذه الطريقة مقصورة على تقرير حقوق الارتفاق الايجابية .

المبحث الرابع — فى أسباب زوال حقوق الارتفاق

لما كان حق الارتفاق حقاً عينياً مقرراً فى أغلب الأحيان على عقار ، فانه كقاعدة عامة حق أبدى أو دائم مادام العقار . ومع ذلك قد يسقط بأحد الأسباب الآتية :

٣٤٤ — ١ — **فناء أحد أركان الارتفاق** : لما كان الارتفاق حقاً عينياً مقررا لمنفعة شخص معين أو عقار على مال مملوك للغير فانه يزول بأحد الأمور الآتية :

(ا) بفناء الشخص أو العقار المقرر الارتفاق لمنفعته . فيقضى بهلاك العقار المخدوم وبموت صاحب الارتفاق الشخصى أو بانقضاء شخصيته ، مع استثناء حق السكنى واستخدام العبيد أو الدواب فهما لا يسقطان بالموت المدنى . ويلاحظ

---

(١) انظر مقال كولينيه « La tradition des servitudes dans le droit de Justinien » المنشور فى « Mélanges Girard » ، الجزء الاول ، ص ١٨٥ — ١٩٨

أن الموت المدنى لا يترتب عليه هذا الأثر المسقط ابتداء من عهد جوستنيان بالنسبة لحقوق الارتفاق الشخصية الأخرى ، وهى حق الانتفاع والاستعمال ، إلا فى درجتيه القصوى والوسطى[١].

(ب) بفناء المال المقرر عليه الارتفاق ، وذلك بزوال موضوع الحق مادياً أو قانونياً كتغطية البحر للعقار الخادم ، أو موت العبد المقرر عليه حق الانتفاع ، أو بتحويل العقار الخادم إلى مال عام أو شىء مقدس .

(ج) باتحاد الذمة ، كما إذا تملك صاحب الارتفاق العين المقرر عليها حقه ، تطبيقا للقاعدة المشهورة بأنه لا يجوز أن يكون لشخص حق ارتفاق على ملكه (Nemini res sua servit).

٣٤٥ — ٢ — **تنازل صاحب الحق** : قديما كان لا يكفى التنازل وحده لسقوط حق الارتفاق ، بل كان يجب أن يتم التنازل بطريق رسمى عكسى لطريقة انشائه . ثم قرر البريتور أن من تنازل عن حقه فى الارتفاق لا يجوز له التمسك به ثانية ، بل يجوز دفع دعواه بطلب تثبيت حقه بدفع الغش (exceptio doli) .

٣٤٦ — ٣ — **حلول الاجل او تحقق الشرط الفاسخ** : كان من الجائز توقيت حقوق الارتفاق الشخصية لاجل أو تعليقها على شرط فاسخ ، لأنها حقوق فى ذاتها مؤقتة . أما حقوق الارتفاق العينية ، فكان حلول الأجل أو تحقق الشرط الفاسخ ، لا يترتب عليه زوالها طبقا للقانون المدنى . ولكن البريتور تدخل هنا أيضا ، فمنح دفع الغش لضمان تنفيذ مثل هذا الاتفاق .

٣٤٧ — ٤ — **عدم استعمال الحق** : هل يسقط حق الارتفاق بعدم الاستعمال أو بعبارة أخرى إذا لم يستعمل صاحب الارتفاق حقه مدة من الزمن فهل يسقط حقه المذكور بالتقادم المسقط ؟

سبق أن بينا عند الكلام على خصائص الملكية أنها حق دائم لا يسقط بعدم الاستعمال مالم يتملكه آخر بمضى المدة . أما فيما يتعلق بحقوق الارتفاق فيجب التفرقة بين أنواعها :

---

(١) انظر جيرار ، طبعة سنة ١٩٢٩ ، ص ٤٠٣ .

(ا) فحقوق الارتفاق العينية الزراعية وحق الانتفاع وحق الاستعمال تسقط بعدم الاستعمال . والمدة اللازمة لسقوطها تطابق المدة اللازمة لتملك الأموال، أى سنة فى المنقول وسنتين فى العقار . هذا فى القانون القديم ، أما فى عصر جوستنيان فثلاث سنين فى المنقول و ١٠ أو ٢٠ سنة فى العقار .

(ب) أما حق السكنى وحق استخدام العبد والحيوان ، فانهما لايسقطان بعدم الاستعمال . فلصاحب حق السكنى فى أى وقت يشاء أن يدخل المنزل المقرر عليه حقه .

(ج) وأما حقوق الارتفاق العينية البنائية ، فانها لاتسقط بمجرد عدم الاستعمال بل يجب أن يقوم صاحب العقار الخادم بعمل مضاد لحق الارتفاق كأحداث بناء يمنع من استعمال حق المطل وأن تمضى المدة القانونية على هذه الحالة . وهذا ما يسمى باكتساب الحرية للعقار الخادم بمضى المدة (usucapio libertatis) . وترجع هذه التفرقة بين نوعى حقوق الارتفاق العينية إلى أن الأولى حقوق ايجابية ومتقطعة الاستعمال ، فهى تستلزم لاستعمالها قيام صاحب الحق بأعمال مادية ايجابية على العقار الخادم ، كالمرور وصيانة المسقى ، وهو لا يكون إلا فى أوقات متقطعة . ولذا كانت قرينة أو افتراض تنازل صاحب الارتفاق عن حقه تبدأ من آخر عمل من أعمال الانتفاع أجراه على العقار وتبدأ سريان مدة التقادم من الوقت المذكور . أما الثانية ، أى حقوق الارتفاق البنائية ، فهى سلبية ومستمرة بمعنى أنها لاتستلزم للانتفاع بها قيام صاحب الحق بأى عمل ايجابى على أرض الجار ، بل يستمر الانتفاع بها طالما لم يقم صاحب العقار الخادم على ملكه بعمل مضاد يمنع من هذا الانتفاع . ولذا لاتبدأ قرينة تنازل صاحب حق الارتفاق عن التمسك بحقه إلا من هذا الوقت وهو الوقت الذى يبدأ فيه سريان مدة التقادم .

المبحث الخامس ــ فى وسائل حماية حقوق الارتفاق [١]

٣٤٨ ــ حمى القانون الرومانى حق الارتفاق ، أسوة بحق الملكية ، بدعوى عينية تابعة للقانون المدنى القديم تسمى (vindicatio servitutis) وتسمى الان بدعوى الاعتراف (action confessoire) . وهى تشابه فى اجراءاتها دعوى الاسترداد مع الاختلافات الآتية :

١ ــ الفارق الأول يرجع الى الفكرة القديمة الخاصة بعدم امكان وضع اليد على الارتفاق . وهو أن دعوى الملكية لا يمكن رفعها إلا على الحائز ، أما دعوى الاعتراف بحق ارتفاق فلا يشترط فيها هـذا الشرط ، بل يكفى أن يكون رافعها مدعيا حق ارتفاق وأن ينفى المدعى عليه هذا الحق .

٢ ــ الفارق الثانى يتعلق بسلطة القاضى . ذلك أن الدعوى بحق ارتفاق ، كدعوى الاسترداد ، كانت دعوى تحكمية . إلا أن أمر القاضى كان يختلف فى الدعويين ، فبينا يكون دائما بالرد أو بدفع القيمة فى دعوى الاسترداد كما قدمنا آنفا ، يكون في الغالب بالزام المدعى عليه فى دعوى الاعتراف على التعهد بواسطة ضمان بألا يتعرض لصاحب حق الارتفاق فى استعمال حقه ، وقد يكون ، وهذا فى أحوال نادرة ، برد الشىء الى أصله ، كاعادة المجرى الذى هدم أو هدم البناء الذى سد المنظر على صاحب حق المطل .

---

(١) انظر مقال (Buckland) «The protection of servitudes» المنشور فى مجلة (Law Quarterly Review) سنة ١٩٣٠ ، ص ٤٤٧ - ٤٦٤ .

الفصل الثاني

فى الحقوق العينية الاخرى

لاتنشأ هذه الحقوق العينية من طرق خاصة ، بل هى نتيجة اتفاقات تحصل بين المتعاقدين . وتقرب كلها ، ماعدا الرهن غير الحيازى ، من عقد الاجارة .

٣٤٩ — *عقد الاجارة لمدة قصيرة* : الاجاره معروفة فى القانون الرومانى منذ العصر العلمى . ولا ينشأ عنها ،كقاعدة عامة ، أى حق عينى بل هى منشئة لالتزامات فقط بين المتعاقدين . فالمؤجر يلزمه تسليم الشىء المؤجر ، والمستأجر يلزمه دفع الأجرة . وليس للمستأجر حق عينى . وقد جرى العرف فى روما على تأجير الأراضى لمدة خمس سنين جريا وراء عرف حكام الرومان الذين كانوا يتولون تأجير أراضى الدولة للمدة المحدودة بها ولايتهم وهى خمس سنوات . وكانت عقود الاجارة حتى نهاية عهد الجمهورية قصيرة الأجل .

٣٥٠ — *ظهور اجارات لآجال طويلة ومنشئة لحقوق عينية* : كان من آثار الفتوح الرومانية أن ظهرت أملاك شاسعة تستدعى لاستغلالها أساليب جديدة وآجالا طويلة لاجارتها . فكان من نتيجة ذلك أن ظهرت اتفاقات من نوع جديد ترتب للمستأجر حقاً عينياً على الأراضى المؤجرة إليه .

١ — نظام الاستقرار (La superficie) [١]

٣٥١ —نشأ هذا النظام من العرف الذى جرت عليه الدولة — التى كانت تصبح طبقاً للقواعد العامة مالكة للمبانى المقامة على أراضيها العامة — بترك المبانى هذه لبانيها على سبيل الاجارة لمدة لا نهاية لها ما داموا يدفعون لها جعلا سنوياً يقال له

---

(١) راجع كيك، طبعة سنة ١٩٢٨ ، ص ٣٢٥ - ٣٥٥ - و (Hajje) ، فى رسالته « Etudes sur les locations à long terme et perpetuelles » ، باريس سنة ١٩٢٦ ، ص ١٣٢ - ١٣٥ ، ص١٥٨ - ١٥٩

(salarium) . مثال ذلك المبانى التى كان يقيمها الصيارفة لمباشرة عملهم على الأملاك العامة للدولة كالأسواق والميادين .

هذا النظام كان متبعاً أيضاً فى البلديات التى كانت تؤجر للأفراد لمدد طويلة أرضاً فضاء للبناء عليها .

وأخيراً اقتبسه الأفراد فى معاملاتهم العقارية منذ العصر الجمهورى .

وقد تدخل البريتور لتنظيم العلاقات الأخيرة ، أى المتعلقة بمعاملات الأفراد فيما بينهم ، باجراءين متتابعين كان من أمرهما أن تميز حق الاستقرار عن حق المستأجر العادى . ذلك أنه منح صاحب حق الاستقرار أمراً (interdit de superficie) لدفع كل تعرض من الغير له فى استعماله لحقه نقلا عن أمر دفع العرض interdit) uti possidetis) الممنوح لواضع اليد . ثم وعده فى منشوره بمنحه ، كلما دعت الضرورة ذلك ، الدعاوى الأخرى التى قد يحتاج إليها ، وبالأخص دعوى لاسترداد العين المقرر عليها حقه من يد أى شخص كان حتى من يد المالك ذاته أو أحد خلفائه . ومنحه كذلك دعاوى مقررة على نمط دعاوى الانكار والاعتراف .

وكان من أثر ذلك أن اعتبر حق الاستقرار من الحقوق العينية ، وجعل لصاحبه الحق فى التصرف فيه بعد وفاته أو حال حياته وفى رهنه أو تقرير حقوق ارتفاق عليه أو اكتساب حقوق ارتفاق لمنفعة العين المقرر عليها حقه .

إلا أن هذا لم يمنع من احتفاظ هذا النظام ببعض أحكام ترجع إلى صفته الأولى باعتباره عقد اجارة . فكما أن عقد الاجارة عقد رضائى يتم بمجرد الاتفاق ، فكذلك حق الاستقرار وهو حق عينى ينشأ بالاتفاق المجرد . وهو كعقد الاجارة يتضمن حتما مقطوعاً معيناً (salarium) يجب دفعه إلى المالك . وينقضى كالاجارة أيضاً بهلاك العقار وبعدم دفع الأجرة أو الأتاوة خلال عامين .

٢ — اجارة الأراضى الخراجية (Conductio agri vectigalis)

٣٥٢— وفى أوائل الامبراطورية ظهر نظام آخر بالنسبة للاراضى الصالحة للزراعة المملوكة للدولة أو للمدن أو للأوقاف والجماعات الدينية . وهو استئجار الأراضى

المذكورة لمدة لا نهاية لهـا أو لأجل بعيد (لمائة سنة أو أكثر) مع دفع خراج (ضريبة سنوية) للمالك .

هذه الاجارات ، كعقد الاجارة العادية ، كانت تنعقد بمجرد التراضى . وكانت تتضمن دفع جعل معين وتخضع كقاعدة عامة للأحكام العادية للاجارة .

ولـكن لمدتها الطويلة قد جعل للمتنفع بها مركز خاص متميز عن مركز المستأجر العادى . فهو كالمالك يكتسب الثمرات بانفصالهـا لا بجنيها كما هو الحال بالنسبة للمستأجر . ويتمتع بأوامر وضع اليد (interdits possessoires) . وقد منحه البريتور ، عدا هذه الأوامر ، دعوى عينية على نسق دعوى الاسترداد ، مما دعا إلى اعتبـار حقه من الحقوق العينية ينتقل إلى ورثته بعد وفاته ويجوز له التصرف فيه حال حياته وتقرير حقوق عينية عليه كرهن أو ارتفاق .

أما أراضى الافراد والامبراطور فقد بقيت خاضعة فى العصر العلمى لقواعد الاجارة العادية مهما طالت مدة إيجارها .

٣ ـــ نظام الحـكر (Emphytéose)

٣٥٣ـــ ثم ظهر بجانب النظام المتقدم نظام ثالث عرف فيما بعد بالحـكر . وهو نظام مستمد من التقاليد اليونانية بالنسبة للأراضى الموات أى غير الصالحة للزراعة تؤجر لمدد طويلة بقصد احيائها وغرسها وزراعتها في مقابل جعل زهيد يسمى « قانون » (canon) . وكان هذا النظام في الاصل مقصوراً على أموال الامبراطور، ثم جرى الافراد على استخدامه أيضاً فيما بينهم قبل عهد جوستنيان بقليل . يؤيد ذلك قانون للامبراطور (Zénon) (٤٧٤—٤٩١م) قصد من إصداره حل الخلاف الذى قام بين فقهاء الامبراطورية على طبيعة هذا الاتفاق ، أهو بيع أم اجارة ، وذلك باعتباره عقداً مستقلا بذاته (sui generis) يجب فيه الفرض (canon) المعين فى الاتفاق بالرغم من هلاك العقار جزئياً ويسقط فى حالة الهلاك الكلى .

٤ ـــ اصلاحات جوستنيان

٣٥٤ـــ وقد أدمج جوستنيان النظامين الأخيرين فى نظام واحد ، سماه بالحـكر (emphytéose) ، سواء أكان على أرض صالحة للزراعة أم غير صالحة وسواء أكان

على أراضي الدولة أم الأفراد . وصارت له صفات حق الاجارة على الأراضي الخراجية من حيث أنه حق عيني ينتقل إلى ورثة صاحب الحكر ويصح التصرف فيه وتحميه دعوى الاسترداد والأوامر . وأضاف إلى الأحكام المتقدمة أحكاماً جديدة ، منها أنه يسقط بعدم أداء الضريبة (canon) مدة ثلاث سنوات ، وأنه يجب على صاحب الحكر إذا أراد بيع حقه أن يخطر المالك حتى يختار فى مدة شهرين أخذ الارض لنفسه بالثمن المعروض أو المصادقة على البيع واقتضاء ٢ ٪ من الثمن .

ويرى بعض الباحثين أن هذا الحكر ، كما هذبه جوستنيان ، هو أصل النظام الاقطاعي الذى ساد خلال القرون الوسطى فى أوربا ، حيث استبدلت بالضريبة النقدية خدمات حربية يؤديها صاحب الحكر فى صفوف المالك .

الكتاب الثالث

في

الالتزامات

تعريف الالتزام ، بيان عناصره ، أنواعه .
مصادر الالتزام : ١ . الجرائم ، الاعتداء ، السرقة ، الإضرار بمال الغير ، الإكراه ، الغش ، غش الدائنين . ٢ . أشباه الجرائم . ٣ . العقود ، تاريخ التعاقد ، أركان العقد ، عقد البيع . ٤ . أشباه العقود .

مقـــــدمة

فى تعريف الالتزام وتاريخه وأنواعه

---

§ ١ – تعريف الالتزام وبيان عناصره

٣٥٧ — **تعريف الالتزام** : يمكن تعريف الالتزام بأنه رابطة قانونية بين شخصين بمقتضاها يلزم أحدهما وهو المدين أن يوفى إلى الآخر وهو الدائن بأمر معين سواء أكان ذلك باعطاء شىء أم بالقيام بعمل أم بالامتناع عن عمل . ففى كل التزام طرفان الأول ملتزم والثانى ملتزم له .

وللالتزام أثران : الأول تكليف الملتزم بما وجب عليه ، ويسمى الالتزام بهذا الاعتبار دينا ، ويقال للملتزم مدين . والثانى تمليك منفعة للملتزم له وتمكينه من استيفائها بالطرق المشروعة ، ويسمى الالتزام بهذا الاعتبار حقا ، ويقال لصاحبه دائن .

وقد عرفه جستنيان فى كتابه النظم (Institutes) (٣ — ١٣) « بأنه رابطة قانونية بمقتضاها نكون مجبرين على الوفاء بأمر ما طبقا لأحكام قانوننا المدنى » .

٣٥٨ — **أركان الالتزام** : ويشمل هـذا التعريف بالرغم من نقصه على العناصر أو الأركان الأساسية للالتزام وهى :

١ — **الركن الأول** : طرفا الالتزام — فالالتزام له طرفان الدائن ، ويقال له باللاتينية (creditor) أو (reus credendi) أو (reus sipulandi) ، والمدين ويقال له (debitor) أو (reus debendi) أو (reus promittendi) أو (reus) فقط .

وتطلق كلمة (reus) على المدين كما تطلق على المدعى عليـه فى الدعوى . وكلمة (creditor) مشتقة من الأصل (cor) بمعنى القلب ، ذلك أن الدائن يعطى قلبه للمدين أى يضع ثقته فيه . وكلمة (debitor) مشتقة أيضاً من فعل (debere) المأخوذ من كلمتى (de habere) المطابقة للعبارة الفرنسية (ne plus avoir) ، أى أن المدين بتعهده يتخلى فى النهاية عن مبلغ من ذمته أو ثروته أو يحرم نفسه منه .

٢ — **الركن الثانى** : موضوع الالتزام أو محله (objet de l'obligation) وهو الأمر الذى يتعلق به الالتزام أو الفائدة المـالية المقصودة من الالتزام .

وهنا يظهر نقص تعريف جستنيان لأنه لا ينصب إلا على نوع واحـد من الالتزامات وهو الالتزام باعطاء شىء (de donner) أو (dare) أى بنقل ملـكية شىء ، كالتزام المدين فى عقد القرض برد المبلغ الذى اقترضه أى بنقل ملـكية المبلغ الذى اقترضه عنـد الوفاء ، والتزام المشترى بدفع الثمن فهو التزام باعطاء شىء ، ومثلهما التزام المستأجر بدفع الأجرة . ذلك أنه — كما يقول لنا (Paul) فى مبدإ القرن الثالث من الميلاد — كان يوجد بجانب الالتزام باعطاء شىء (dare) الالتزام بعمل شىء (de faire) أو (facere) كالتزام المقاول باقامة بناء والمؤجر بتسليم المحل المؤجر والصانع بصنع شىء . ويلحق بالالتزام بعمل الالتزام بالامتناع عن عمل (non facere) أو (de ne pas faire) كالتزام الجار بعـدم بناء أرضه أو بعدم المرور فى أرض الجار وكواجب بائع المحل التجارى بالامتناع عن الاتجار فى نفس النوع فى الحى الموجود به المحل المبيع .

وقد أضاف (Paul) إلى النوعين السابقين نوعا ثالثاً من الالتزام وأسماه (praestare) ، وهو أن يلزم شخص بأن يضع تحت تصرف شخص آخر شيئاً معينا دون أن ينقل إليه الملـكية ، كالتزام البائع قبل المشترى ، إذ البائع لا يلزم إلا بأن ينقل إلى المشترى وضع اليد الهادئ المستمر على الشىء المبيع ، فما دام المشترى يتمتع بالمبيع بصفة هادئة ومستمرة دون أن يتعرض له شخص آخر فى وضع يده فليس له الرجوع على البائع بالضمان .

٣ — **الركن الثالث** : العلاقة القانونية التى تنشأ من الالتزام (vinculum juris) وهى — بخلاف الحق العينى الذى هو سلطة يعطيها القانون لشخص على شىء معين يخول الشخص بمقتضاها حقوقا معينة على هذا الشىء — مقررة بين شخصين . ويترتب على ذلك فوارق عدة بين رابطة الالتزام أو الحق الشخصى والحق العينى ترجع كلها إلى طبيعة الالتزام باعتباره علاقة شخصية أهمها :

١ — ظل الالتزام مدة طويلة متعلقا بشخص المدين ، فكان ينقضى بوفاته ولا يرتبط به ورثته .

٢ — كذلك لا يجوز للدائن التصرف فى دينه بتحويله إلى آخر . إلا أن تطور القانون الرومانى سمح أخيراً بانتقال الالتزام إلى ذمة ورثة المدين وبامكان تحويله بمعرفة الدائن .

٣ — ويترتب أيضاً على أن الالتزام علاقة شخصية أنه مؤقت بطبيعته ، فهو ينقضى بوفاة المدين فى القانون القديم وينقضى عادة بالوفاء سواء كان هذا الوفاء اختياريا أو جبرياً وينقضى أيضاً بأسباب شتى سنتكلم عليها عند الكلام على أسباب انقضاء الالتزامات . وهذا بخلاف الحق العينى فانه كقاعدة عامة حق دائم (perpétuel) ولا يتصور انقضاؤه إلا فى أحوال استثنائية ومحصورة .

٤ — ويختلف أيضا الالتزام (العلاقة الشخصية) عن الحق العينى فى أنه لا يترتب عليه حق التتبع (droit de suite) ولا حق الأفضلية (droit de préférence) المقررين لصاحب الحق العينى . فليس للدائن الشخصى أن يتتبع أموال المدين إذا خرجت من ذمته ، كما أنه إذا بيعت أموال المدين فانه يشترك مع باقى الدائنين فى توزيع الثمن المتحصل من البيع .

٥ — ويختلف أيضاً عن الحق العينى فى أن الحقوق العينية محصورة ومعينة فى القانون ، بخلاف الحقوق الشخصية الناشئة من الالتزامات فهى غير محدودة وغير محصورة وتختلف باختلاف ظروف كل علاقة شخصية .

§ ٢ – تاريخ الالتزام

٣٥٩ — البحث فى تاريخ الالتزام ، ككل الأبحاث التاريخية الخاصة بأصول النظم القانونية ، لا يزال غامضاً فلم يصل الشراح بعد إلى الاتفاق على نظرية واضحة مقبولة فى بيان أصل الالتزام أو مصادره .

والظاهر أن الالتزام كان فى الأصل ينصب على شخص المدين ذاته ، فكان سلطة للدائن على شخص مدينه قبل أن يصبح علاقة قانونية . فكان أشبه بالحق العينى سلطة مقررة على شخص المدين . وقد نشأ الالتزام بهذه الصورة فى القديم فى باب الجرائم ، فكان للمعتدى عليه فى حالة قبضه على الجانى أن ينتقم لنفسه من شخصه ، فله قتله وله حبسه وقيده بالسلاسل واسترقاقه . وكان ينشأ هذا الأثر أيضاً فى غير الجرائم من بعض العقود الأولى كعقد القرض المسمى (nexum) ، إذ كان للدائن فى حالة عدم وفاء مدينه أن يقبض عليه ويسجنه فى سجنه الخاص بعد قيده بالسلاسل فاذا لم يف بالدين فى بحر ستين يوما فله أن يتصرف فيه كيفما شاء إما بقتله أو بتقطيع جسمه وتوزيعه إذا تعدد الدائنون أو بيعه خارج روما كرقيق . وكان يترتب هذا الأثر أيضاً فى حالة عدم وفاء المحكوم عليه بالدين (Judicatus) وفى حالة اعتراف المدين بدينه فى مجلس القضاء (confessus) فللدائن فى هاتين الحالتين أيضا القبض على مدينه وحبسه والتنفيذ على شخصه .

ويلاحظ فى الأمثلة المتقدمة أن العلاقة بينهما كانت مادية منصبة على جسم المدين لا على أمواله .

ثم لما تهذبت الأخلاق وتنوعت المعاملات ونشأت التعهدات التعاقدية بجانب الالتزامات القانونية والالتزامات الجنائية زالت تدريجياً تلك الصفة المادية للالتزام . فحرم على الدائن قتل مدينه ، وحرم عليه أيضاً حبسه واسترقاقه إلى الأبد بل صار يتحرر المدين إذا عوض دائنه عن قيمة دينه سواء أكان ذلك بالتنازل عن أمواله لدائنه أم بالتنازل عن ثمرات عمله .

وأخيراً فى القرن الرابع من الميلاد (حوالى سنة ٣٨٨ م) ألغيت السجون الخاصة . وبذا صار التنفيذ على أموال المدين وصار الالتزام علاقة قانونية بعد أن كان قيداً ماديا ، فيلتزم المدين بذمته وضميره لا على جسده وحريته .

§ ٣ — تقسيم الالتزامات

سبق أن بينا أن الالتزامات على النقيض من الحقوق العينيــة غير محصورة العدد ، ولــكن فقهاء الرومان قسموها لتسهيل دراستها بحسب مصادرها وبحسب تنويع كل ركن من أركانها . وسنذكر هنا أهم هذه التقسيمات : —

٣٦٠ — **أولا : تقسيم الالتزامات من حيث المصدر** : تنقسم الالتزامات من حيث مصادرها إلى إلتزامات تعاقدية (obligations contractuelles) وهى الناشئة عن العقود (ex contractu) والتزامات جنائية (obligations delictue-lles) وهى الناشئة عن الجرائم (ex delicto) .

وقد أورد (Gaius) هـذا التقسيم الثنائى فى كتابه للنظم (٣ — ٨٨) ثم أضاف عليه فى إحدى مؤلفاته الأخرى مصدراً ثالثاً أسماه بوجه عام « المصادر المتنوعة » الأخرى للالتزامات (variae causarum figurae) . ذلك أنه رأى أن عدداً كبيراً من الالتزامات تنشأ من أعمال لا تكون عقداً ولا تعتبر جريمة ، فجمعها تحت عنوان المصادر المختلفة المتنوعة ، كالتزام الوصى الناشئ عن إدارته لأموال القاصر ، فهو لا يرجع لا إلى عقــد ولا إلى جريمة ولــكنه يشبه الالتزام التعاقدى (quasi ex contractu) ، وكذلك التزام القاضى الذى يتحيز فى حكمه لأحد الأخصام فيجعل القضية قضيته ، فهذا الالتزام ينشأ كما ينشأ الالتزام من الجريمة (quasi ex delicto) .

وقد أخــذ جستنيان تقسيمه الرباعى عن (Gaius) فقسم مصادر الالتزام إلى أربعة :

١ — التزامات ناشئة عن عقد (ob. ex contractu) .

٢ — التزامات ناشئة عن شبه العقد (ob. quasi ex contractu) .

٣ — التزامات ناشئة عن جريمة (ob. ex maleficio, ex delicto) .

٤ — التزامات ناشئة عن أعمال غير مشروعة وإن لم يكن مصدرها إحدى الجرائم المعروفة . وكان جايوس (Gaius) يقول عن هذه الالتزامات إن المدين فيها يلتزم كما لو التزم بجريمة (quasi ex delicto tenetur) .

وقد اتبع القانون المدنى الفرنسى هذا التقسيم الرباعى (م١٣٧٠) وأضاف إلى المصادر الأربعة مصدراً خامساً وهو القانون (la loi) ليضم بذلك الالتزامات التى لا يمكن إدخالها تحت أحد هـذه المصادر وهى الالتزامات القانونية كالالتزامات الناشئة عن علاقة الجوار .

أما القانون المصرى (م٩٣ أهلى — ١٤٧ مختلط) فقد اتبع تقسيما آخر للمصادر ، فنص على أن الالتزامات تنشأ عن اتفاق أو عن فعل أو عن نص القانون . فالاتفاق هو المصدر التعاقدى للالتزام ، والفعل إما أن يكون نافعا فيوجب على من استفاد منه أن يعوض من قام به بقدر ما استفاد كعمل الفضولى ، وإما أن يكون ضارا فعلى مرتكبه تعويض المصاب عما ناله من الضرر ، ونص القانون كالتزام النفقة بين الأقارب .

٣٦١ — ثانيا : **تقسيمها من حيث مصدر الحماية لها** : تنقسم الالتزامات من هذا الوجه إلى التزامات مدنية (obligations civiles) أى يحميها القانون المدنى (Jus civile) ، والتزامات بريتورية (obligations prétoriennes) أى يحميها البريتور ويرى بعض الشراح[1] أن كلمة (obligatio) كانت لا تطلق حتى العصر العلمى إلا على الالتزامات المدنية .

٣٦٢ — **تقسيمها من حيث الجزاء المقرر لها** : تنقسم إلى التزامات مدنية

---

(١) الأستاذ (Arangio Ruiz) فى دروسه للنظم جزء ١ صفحة ١٦٨ .

وهى المقرر لها دعوى يستطيع بها الدائن إجبار المدين على الوفاء بدينه ، والتزامات طبيعية وهى المجردة من كل دعوى وإنما لها أحكام قانونية تميزها عن الواجبات الأخلاقية (obligations morales) ، فالالتزام الطبيعى صحيح وموجود قانونا والوفاء به صحيح .

٣٦٣ — **رابعا : تقسيمها من حيث موضوعها أو محلها** (objet) : تنقسم الالتزامات من حيث محلها إلى تقسيمات عدة :

أولها : إلى التزامات معينة (ob. certaines) أو غير معينة (ob. incertaines) تبعا لما إذا كان محلها معينا أو غير معين بالفعل .

ثانيها : إلى التزامات بسيطة والتزامات يتعدد فيها موضوع الالتزام وهذه تنقسم إلى التزامات تخييرية (alternatives) والتزامات بدلية (facultatives) . ففى الالتزام التخييرى يكون محل الالتزام متعدداً إنما تبرأ ذمة المدين بالوفاء بواحد منها ، كأن يتفق شخص مع آخر على أن يعطيه إما البقرة أو الحصان ، وحق الخيار يكون إما للدائن أو للمدين حسب الاتفاق ، وفى حالة عدم الاتفاق يكون الخيار للمدين . وفى الالتزام البدلى يكون محل الالتزام أمراً واحداً إنما للمدين أن يفى بشىء آخر بدلا من الأول ، ومثال التعهد البدلى الوصية لغير وارث مع الترخيص لهذا الأخير بدفع مبلغ من المال للموصى له بدلا من العقار فهنا محل الالتزام شىء واحد .

والفرق بين النوعين هو أنه إذا هلك أحد الشيئين فى الالتزام التخييرى فلا ينفسخ الالتزام بل يصير بسيطا ويجب على المدين الوفاء بالشىء الآخر . أما فى الالتزام البدلى فاذا هلك الشىء محل الالتزام الأصلى انقضى الالتزام لانعدام محله . وتظهر هذه التفرقة بجلاء عند بحث طبيعة التزام رب الأسرة بتعويض المجنى عليه عن الجرائم التى يرتكبها أحد الأفراد الخاضعين لسلطته كابنه أو عبده أو حيوانه المملوك له . فهنا تساءل الشراح عن طبيعة هذا الالتزام أهو التزام تخييرى أم التزام

بدلى ؟ فيرى جيرارد — ويوافقه فى ذلك أغلب الشراح — وجوب التميز بين أحوال ثلاث :

١ — قبل انعقاد الدعوى أى قبل الاشهاد على الخصومة (litis contestatio) .

٢ — بعد انعقاد الدعوى وحتى صدور الحكم .

٣ — بعد الحكم فى الدعوى .

فالتزام رب الأسرة قبل انعقاد الدعوى التزام بدلى والأصل فيه تسليم الجانى وهذا هو الشىء المكون لمحل الالتزام .

أما فى أثناء نظر الدعوى فالتزامه تخييرى بمعنى أن كلا من التسليم ودفع الغرامة موضوع الالتزام .

أما بعد الحكم فالتزامه بدلى مع اعتبار دفع الغرامة هو الموضوع الأصلى ، إنما لرب الأسرة أن يبرئ ذمته بتسليم الجانى للمجنى عليه .

وتظهر أهمية هذا التميز فى حالة ما إذا هلك العبد أو الحيوان أو الابن فى أى دور من الأدوار الثلاثة المتقدمة . ففى الحالة الأولى تبرأ ذمة رب الأسرة لأن العبد أو الحيوان أو الابن كان محل الالتزام الأصلى . أما إذا هلك فى أثناء نظر الدعوى فيلزم رب الأسرة بدفع الغرامة ولا تبرأ ذمته بالهلاك . وأيضاً لا تبرأ ذمته بعد الحكم من دفع الغرامة ، إذ أن دفع الغرامة يصبح محل الالتزام الأصلى بعد صدور الحكم .

كذلك يظهر الفرق بين الالتزام البدلى والتخييرى فى حالة ما إذا كان أحد الشيئين مما لا يصح التعامل به أو منافيا للآداب ، فالالتزام التخييرى فى هذه الحالة لا يبطل بل يجب على المدين أن يفى بالشىء الآخر ويصبح الالتزام بسيطاً ، بخلاف ما إذا كان الالتزام بدليا وكان موضوع الالتزام الأصلى من الأشياء التى لا يتعامل بها أو منافيا للآداب فيبطل الالتزام لهذا السبب ، إذ العبرة بالشىء المتعهد به أصلا لا بالبدل .

ثالثها : إلى التزام منقسم أو غير منقسم حسب ما إذا كان محل الالتزام يقبل

التجزئة أم لا . ومثل الالتزام غير المنقسم الالتزام بعين معينة (corps certain) كالمنزل والفرس أو الالتزام بترتيب حق ارتفاق أو برهن عقار أو الالتزام بالامتناع عن أمر لأن العدم لا يتجزأ .

وتظهر أهمية هذا التقسيم عند تعدد المدينين أو الدائنين أو الطرفين ، وذلك يقع كثيراً بوفاة أحد المتعاقدين أو وفاتهما وقيام الورثة مقام مورثهم . فاذا تعدد الدائنون اعتبر كل واحد منهم محقاً فى استيفاء الدين كله فيحق لكل دائن أن يطالب المدين بكل الالتزام ، إذ لا يمكنه الوفاء إلا على هذا الوجه . أما إذا تعدد المدينون فهناك خلاف فيما يحكم به على أحدهم إذا رفعت الدعوى عليه وحده ، فيرى بعض الشراح أن الحكم عليه يكون بكل الدين ، لأن موضوع الالتزام لا يقبل القسمة . ويرى البعض الآخر بأنه لا يحكم على المدين إلا بنصيبه فقط فى الالتزام ، وهذا راجع إلى أن الأحكام تبعاً لنظام المرافعات الكتابية (procédure formulaire) كانت تصدر كقاعدة عامة بمبلغ من النقود كقيمة المنزل لا المنزل والنقود قابلة للقسمة .

رابعها : إلى التزامات باعطاء شيء (dare) ، ويشمل الالتزام بنقل ملكية مال أو بانشاء حق عيني آخر ، أو بعمل (facere) أو بالامتناع عن عمل (non facere) .

٣٦٤ — **خامسا : تقسيمها من حيث طرفى الالتزام** : تنقسم الالتزامات من هذا الوجه إلى التزامات بسيطة إذا كان كل من المدين والدائن شخصاً واحداً وإلى التزامات مشتركة (conjointes) والتزامات تضامنية (solidaires) إذا تعدد الدائنون أو المدينون أو الطرفان معاً .

فهناك التزام مشترك إذا تعدد الدائنون أو المدينون أو كلاهما ، بحيث أن كل دائن لا يحق له أن يطالب إلا بنصيبه من الحق (كالنصف أو الثلث الخ) وأن كل مدين لا يجبر على الوفاء إلا بنصيبه من الدين . ينتج من ذلك أن الالتزام لا ينقضى إلا بقبض الدائنين جميعاً لحصصهم فى حالة تعدد الدائنين أو بقيام المدينين جميعهم بالوفاء كل منهم بحصته فى الدين فى حالة تعدد هؤلاء الآخرين .

وينشأ هذا النوع من الالتزام عادة بوفاة المدين أو الدائن عن ورثة متعددين وقيام هؤلاء مقام مورثيهم ، وكذلك بين الشركاء بالنسبة للحقوق التى يكتسبونها أو الديون التى يعقدونها معاً بصفتهم المذكورة .

والالتزام التضامنى كالالتزام المشترك قد يكون بين عدة دائنين أو عدة مدينين أو هؤلاء وهؤلاء . فالتضامن نوعان :

الأول — تضامن المتعهد لهم أو الدائنين دون المتعهدين ، ويقال له التضامن الايجابى (solidarité active) وفى هذه الحالة يحق لكل دائن المطالبة بكل الدين كما أن الوفاء لأحدهم يبرئ المدين قبل الآخرين .

الثانى — تضامن المتعهدين أو المدينين دون المتعهد لهم أو الدائنين ويقال له التضامن السلبى (solidarité passive) ، وفى هذه الحالة يحق للمتعهد له أو الدائن مطالبة كل مدين أو بعضهم بكل الدين والوفاء من أحدهم إلى الدائن يبرئ المدينين الآخرين قبل هذا الأخير .

ويميل الفريق الغالب من شراح القانون الرومانى إلى تقسيم الالتزامات التضامنية من جانب المدينين (solidarité passive) إلى نوعين تبعاً للأثر المترتب على السير فى إجراءات الدعوى على أحدهم (la litis contestatio) .

ففى النوع الأول يترتب على مطالبة الدائن لأحد المدينين المتضامنين سقوط حقه فى مقاضاة الآخرين إذا لم يستوف حقه كاملا من المدين الأول . ويقال للتضامن فى هذه الحالة بالتضامن الكامل (solidarité parfaite) أو بالتضامن فقط (solidarité) أو (corréalité) .

وفى النوع الثانى مقاضاة الدائن لأحد المدينين المتضامنين لا تبرئ ذمة الآخرين بل يحق للدائن مقاضاتهم حتى استيفاء دينه كاملا ، أى أن الوفاء بكل الدين هو الذى يؤدى إلى انقضاء الدين لا انعقاد الدعوى (la litis contestatio) فى مواجهة واحد منهم . ويقال للتضامن فى هذه الحالة بالتضامن الناقص أو البسيط (solidarité simple, imparfaite) أو (in solidum) .

وينشأ النوع الثانى بنص القانون رغماً عن المدينين فى حالة اشتراكهم فى ارتكاب خطأ سواء بارتكابهم جريمة أو إذا ارتكبوا غشا أو تقصيراً فى القيام بأعبائهم الناشئة عن عقد أو عن شبه عقد ، فيسأل الأوصياء مثلا بطريق التضامن عن اختلاسهم شيئاً من مال القاصر الخاضع لوصايتهم بدعوى الحساب (actio rationibus distrahendis) ، وعن تقصيرهم فى المحافظة على أموال القاصر بدعوى الوصاية (actio tutelae) . والأولى دعوى جنائية ، والثانية دعوى مدنية ناشئة عن شبه العقد .

وقد زالت هذه التفرقة بين هذين النوعين من التضامن السلبى فى عصر جوستنيان بزوال الأثر المسقط للاشهاد على الخصومة (litis contestatio) بل إن بعض الشراح المحدثين ينازع فى وجود هذه التفرقة فى العصر العلمى .

تقسيم — وسندرس الالتزامات فى أبواب ستة :

الباب الأول — فى مصادر الالتزامات .

الباب الثانى — فى آثار الالتزامات .

الباب الثالث — فى انقضاء الالتزامات .

الباب الرابع — فى تحويل الديون .

الباب الخامس — فى التضامن .

الباب السادس — فى التأمينات الشخصية والعينية .

الباب الأول

مصادر الالتزامات

سبق أن رأينا أن مصادر الالتزام كما قسمها جوستنيان أربعة : العقد ، وشبه العقد ، والجريمة ، وشبه الجريمة .

وهذا التقسيم الرباعى لا يشمل كل أنواع الالتزامات ولذلك يضيف الشراح إليه عادة قسماً خامساً خاصا بالالتزامات الناشئة عن نص القانون ؛ وسندرس كلا من هذه المصادر تباعاً مبتدئين بالجرائم إذ هى أول مصدر للالتزامات عرفه القانون الرومانى .

الفصل الأول

فى الجرائم

مقـــــدمة

٣٦٥ — **تعريفها وتقسيمها الى جرائم عامة وخاصة** : فالجريمة عمل محرم قانوناً ومقرر لارتكابه عقوبة . وقد تقع الجريمة ضد الدولة أو ضد فرد من الأفراد ، إما على شخصه أو على ماله . من هذا نستنتج أن الجرائم نوعان : عامة وخاصة .

١ — فالجرائم العامة هى التى تضر بالصالح العام ، فتقع مباشرة ضد الدولة وتهدد سلامة الدولة فى الخارج أو الداخل كجرائم الخيانة العظمى والهرب من الحروب والاعتداء على الديانات ، أو تقع على فرد من الأفراد ولكنها من الخطورة بحيث تهدد الأمن والسلام العام كجرائم القتل والحريق العمد .

وهذه الجرائم مقرر لها فى الغالب عقوبات بدنية كالقتل والنفى والجلد ، ومقرر لبعضها عقوبات مالية تدفع للدولة ويقال للغرامة المالية هذه (multa) .

والجرائم الخاصة هى التى تقع على الأفراد إما على أشخاصهم كجريمة الاعتداء (injuria) وإما على أموالهم كجرائم السرقة (furtum) والاضرار بمال الغير (damnum injuria datum) . وتلزم من وقعت منه الجريمة بعقوبة مالية تدفع لمن وقعت عليه الجريمة وتسمى الغرامة المالية فى هذه الحالة (poena) لتمييزها عن الغرامة المقررة فى الجرائم العامة .

والجرائم الخاصة وحدها هى التى تنشئ التزامات تؤيدها دعاوى جنائية (Actions pénales) .

والذى تهم ملاحظته أن الجرائم محصورة ولم توجد فى القانون الرومانى قاعدة عامة توجب التعويض عن كل عمل ضار كما فى القانون الفرنسى (م ١٣٨٢ من القانون المدنى الفرنسى) والقانون المصرى (م ١٥١ أهلى ، م ٢١٢ مختلط) .

وقبل دراسة هذه الجرائم واحدة واحدة نرى التعرض أولا لتاريخ نشوء الجرائم الخاصة والأدوار التى مر بها العقاب .

§ ١ — فى تاريخ نشوء الجرائم الخاصة

مر العقاب فى روما كما فى باقى الشعوب القديمة بأربعة أدوار تاريخية :

٣٦٦ — الدور الأول — دور الانتقام الشخصى أو الثأر (la vengeance privée) : كان أول ما يخطر ببال المتعدى عليه أن ينتقم بنفسه لنفسه من شخص المعتدى ، أى يثأر منه بارتكاب اعتداء مثله عليه . ولما كان الفرد فى العصور

الأولى غير ظاهر فى العشيرة التى يعيش فيها فقد كانت عشيرته هى التى تقوم بالانتقام له من عشيرة الجانى ، فكانت تقوم عند ارتكاب جريمة شبه حرب أهلية بين العشيرتين . ومما يجدر ملاحظته فى هذا الدور الأول أن فكرة المسئولية كانت معدومة تماما ؛ فالفرد فى العصر الفطرى ينتقم لما وقع عليه من الاعتداء ولو صدر من حيوان أو طفل غير مميز .

إنما كانت تقوم فى سبيل استعمال حق الأخذ بالثأر عقبات تحول دونه . وهذه العقبات تفيدنا دراستها ، إذ هى مصدر لنظم قانونية شتى تفسر لنا كيفية نشوء الحق :

١ — فقد يحول دون الثأر تداخل طرف ثالث كأن تحاول إحدى العشائر فرض تحكيمها على الطرفين المتنازعين أو يتوسط شخص ذو نفوذ للصلح بينهما وهو فى القديم أحد السحرة ثم فيما بعد الملك . وهذا التحكيم (arbitrage) هو أصل نشوء القضاء . ونجد هذه الظاهرة الفطرية الآن بين الدول ، فهى تلجأ لحل كثير من المنازعات التى تنشأ فيما بينها إلى التحكيم لعدم وجود هيئة قضائية عليا للفصل فى المنازعات الدولية .

٢ — كذلك قد يوقف استعمال حق الأخذ بالثأر تصالح الجانى والمجنى عليه وهو ما سيقودنا إلى الدور الثانى حيث ظهرت فيه فكرة الدية . وهذا التصالح قد يقوم على أحد الأمور الآتية :

ا — **المبارزة** : فقد يتفق الطرفان على حسم النزاع بطريق المبارزة . وكانت تحصل فى الأصل بين الخصمين ، ثم صارت تحصل بين أشخاص محترفين (champions) ينوبون عن الطرفين . ومما هو جدير بالملاحظة أن هذه المبارزة القضائية (duel judiciaire) كانت فى القرون الوسطى وسيلة من وسائل الاثبات فى أوربا ، فكان الحق يظهر نتيجة لهذه المبارزة ويحكم به لصالح المنتصر .

ب — **القصاص** (Talion) : وقد يتصالح الطرفان أيضاً على أن يرتكب المجنى عليه نفس الفعل بالجانى .

حـ — **الدية** (poena) : وقد يتفق الطرفان فى أغلب الأحيان على أن يتنازل

المجنى عليه عن الثأر فى مقابل دية (poena) يدفعها إليه الجانى كـكذا رأس من الماشية أو الغنم ، وهذا قبل ظهور العملة النقدية ، ثم صارت الدية تدفع فى شكل سبائك من النحاس وأخيراً صارت تقدر نقداً . وليس هذا المال المدفوع يقتصر الجانى به على تعويض الضرر الذى أصاب المجنى عليه بل هو ملحوظ فيه معنى العقوبة ولذلك قد تزيد على حد الضرر ، إذ هو عبارة عن ثمن يقدمه الجانى ليشترى به حياته (rachat de la vie) .

وقد بقيت هذه الدية اختيارية زمناً طويلا . فلا يلزم بها الجانى الذى له — إن كان معتزاً بقوته — أن يرفض الدية التى يطلب منه المجنى عليه وكذلك للمجنى عليه أن يرفض الصلح إذا أراد أخذ الثأر .

٣٦٧ — **الدور الثالث — الدية الإجبارية** : ثم صارت الدية اجبارية نتيجة إزدياد سلطة الدولة التى أمكنها أن تجبر الطرفين على قبول الصلح فألزمت الجانى بدفع الغرامة (poena) إلى المجنى عليه وألزمت المجنى عليه بقبولها والاكتفاء بها . وصارت الدية أو الغرامة من جهة أخرى محددة ومعينة إذ تكفل القانون ، بعد أن كان أمر تحديدها متروكا لاتفاق الطرفين ، بتحديد هذه الغرامات . فنجد مثلا فى قانون الألواح الاثنى عشرة تعريفة للغرامات المقررة على الجرائم المختلفة .

على أن قانون الألواح الاثنى عشر لم يقض تماماً على حق الأخذ بالثأر فقد أبقاه فى باب السرقة فى حالة التلبس إذا ارتكبت ليلا أو نهاراً وكان السارق مسلحاً ، إذ للمسروق منه فى هاتين الحالتين قتل السارق المتلبس .

وكذلك بقى التصالح اختيارياً فى بعض أحوال خاصة اعتبر التصالح فيها غير كاف لاصلاح الضرر الذى أصاب المجنى عليه ، كما فى جريمة الاعتداء على الشخص (injuria) بفصل عضو من أعضائه (membrum ruptum) فقد بقى التصالح فى هذه الحالة اختياريا بمعنى أن للمجنى عليه ان لم يرد التصالح مع الجانى أن يثأر لنفسه منه بارتكاب نفس الجريمة (talion) .

بل نجد فى وقتنا الحاضر أن المجنى عليه فى جرائم الاعتداء على الشرف

والاعتبار يفضل غسل الاهانة التى لحقته بالالتجاء إلى المبارزة مع الجانى بدلا من الالتجاء إلى القضاء .

وهذه الغرامة (poena) يقتضيها المجنى عليه أو عائلته من الجانى بمقتضى دعوى جنائية (action pénale) تتميز عن الدعاوى المدنية (actions réiper sécutoires) التى تؤيد الحقوق العينية والالتزامات الأخرى الناشئة من سبب آخر غير الجريمة ، من كثير من الوجوه ترجع كلها لأصل تلك الدعاوى وهو الانتقام أو الأخذ بالثأر .

٣٦٨ — *الدور الرابع — تحول الجرائم الخاصة تدريجيا الى جرائم عامة* : وأخيراً تحولت الجرائم الخاصة تدريجياً إلى جرائم عامة تطالب الدولة لا الفرد بالعقاب عليها ، وذلك نتيجة اضطراد ازدياد سلطة الدولة التى أخذت تتداخل مباشرة فى المعاقبة على الجرائم باعتبارها المهيمنة على المصلحة العامة . فمن هذا أن اعتبر القتل والحريق العمد من الجرائم العامة .

كذلك تقررت لبعض الجرائم الخاصة الأخرى عقوبات عامة وترك للمجنى عليه الخيار بين رفع الدعوى الجنائية واقتضاء الغرامة (poena) وبين ترك الأمر للدولة تتولى معاقبة الجانى كما سنرى ذلك عند الكلام على جريمة السرقة (furtum) وجريمة الاعتداء على الشخص (injuria) .

المبحث الأول

فى جرائم القانون المدنى

أهم هذه الجرائم ثلاثة : الاعتداء والسرقة والاضرار بمال الغير وكلها منصوص عليها فى القانون المدنى وقد تعدلت أحكامها كثيراً بتدخل البريتور .

١ — جريمة الاعتداء على الشخص (Injuria)

٣٦٩ — *تعريفها* : هى كل اعتـداء يقع بغير وجه حق على الشخص فى

جسمه (personne physique) أو فى شخصه المعنوى أى شرفه واعتبـاره (personne morale).

٣٧٠ — **أحكامها فى قانون الألواح الاثنى عشر** : وقد كان يعاقب عليها القانون القديم فى أحوال عدة نص عليها فى الألواح الاثنى عشر ويمكن تلخيصها فى ثلاث : —

١ — كل كتابة من شأنها أن تمس أو تضر بسمعة الشخص واعتباره (carmen) ، وكل تظاهر عدائى من شأنه أن يقلق راحته أو أمنه وسلامته (occentatio flagitium).

٢ — بتر عضو (membrum ruptum) وكسر عظم (os fractum).

(ا) جريمة بتر أو فصل عضو (membrum ruptum) كفقأ عين أو قطع ذراع . وقد اختلف الشراح فى معنى كلمة (ruptum) فيرى البعض ، ومنهم جيرار ، أنها قاصرة على حالة بتر العضو أى فصله من الجسم ، ويرى البعض الآخر ومنهم (Appleton) بأنها تتناول عدا ذلك حالة إتلاف العضو ذاته .

وقد كان يعاقب عليها قانون الألواح الاثنى عشر بارتكاب مثلها على الجانى ، أى أنه ترك للمجنى عليه حق أخذ الثأر بنفسـه من الجانى ما لم يتفق معه على دية يدفعها إليه .

(ب) جريمة كسر عظم (os fractum) ، ويعاقب عليهـا القانون بغرامة تختلف باختلاف حال المجنى عليـه ، وما إذا كان حراً أو رقيقاً . فان كان حراً فالغرامة المقررة هى ٣٠٠ آس ، وإن كان عبداً كانت الغرامة ١٥٠ آس .

٣ — كل أفعال الاعتداء الأخرى التى لا تبلغ من الجسامة مبلغ بتر العضو أو كسر العظم ، وتشـمل الضرب البسيط كاللطم . والعقوبة المقررة لهذه الحالة كانت غرامة مقدارها ٢٥ آس .

نستخلص مما تقدم أن القانون القديم كان يعاقب على بعض جرائم الاعتداء بعقوبات بدنية ويسمح فيها بالقصاص كما فى جريمة بتر العضو ، وفى بعضها يقرر

لها القانون غرامة أى دية إجبارية (composition légale) . إلا أن هذه العقوبات كانت غير رادعة أحياناً ، وتتنافى مع الآداب العامة أحياناً أخرى . فالانتقام من شخص الجانى صار لا تسمح به الآداب الرومانية فى العهد الأخير من الجمهورية ، كما أن قيمة العملة كانت قد انحطت كثيراً فى هذا العصر فصارت عقوبة الغرامة المقررة ضئيلة غير رادعة حتى أن بعض المؤرخين (Aulu Gelle) يحدثنا عن أحد الفرسان الرومان (Lucius Veratius) الذى كان يتفكه بالتنزه فى السوق العام ويلطم كل من لا يروق له منظره ، وكان يتبعه عبده الذى كان يدفع إلى المجنى عليه فوراً مبلغ الخمس والعشرين آساً قيمة الغرامة المفروضة .

٣٧١ — **التعديلات التى أدخلها البريتور** : فلتعدد هذه الحوادث تداخل البريتور فمنح المجنى عليه فى كل الأحوال دعوى تقديرية (actio injuriarum aestimatoria) بدلاً من الدعاوى المتقدمة ، يطلب فيها البريتور من المحكمين (récupérateurs) الذين تحال عليهم الدعوى الحكم بتعويض طبقاً لما تقتضيه العدالة وحسن النية . فيراعى الحكم فى تقديره للغرامة حالة الطرفين ، الجانى والمجنى عليه ، حسن نية الجانى أو سوء نيته ، يراعى أيضاً مرتبة المجنى عليه ومركزه فى الهيئة الاجتماعية ، ويراعى كذلك مقدار الضرر ، وبالاختصار يحكم بما تقتضيه العدالة فى كل حالة .

إلا أن الحد الأقصى لمقدار الغرامة التى يحكم بها كانت تحدد إما بمعرفة البريتور نفسه وذلك فى أحوال الاعتداء الجسيمة (injuria atroxe) ، وإما بمعرفة المجنى عليه نفسه فى الأحوال الأخرى .

وهذه الدعوى التقديرية دعوى جنائية . لذا كانت تسقط بمضى سنة ، بمعنى أنه إذا مضت السنة على ارتكاب الجريمة ولم يرفعها المجنى عليه سقط حقه فيها واعتبره القانون أنه عفا عن الجانى أو تنازل عن حقه فى طلب الغرامة . وكان يترتب على الحكم فى هذه الدعوى الحاق الوصمة (infamie) بشخص الجانى ، وكذلك إذا رفعت بدون وجه حق وبصفة كيدية فكان يحكم على رافعها لمصلحة

من رفعت عليه بعشر الغرامة المقررة كعقوبة على اساءة استعمال حقه فى رفع الدعوى .

وهناك تعديلات أخرى أدخلها البريتور على هذه الجريمة بأن أضاف جرائم جديدة زيادة على الجرائم المنصوص عليها فى قانون الألواح الاثنى عشر فشمل منشوره :

(ا) كل أحوال القذف والسب .

(ب) كما أنه قرر عقاب بعض الأفعال المنافية للآداب فعاقب على جرائم الاعتداء على عفاف المرأة أو الطفل أو المراهق أى أنه شمل جميع أحوال الاعتداء على الجسم والشرف والاعتبار .

٣٧٢ — **تعديلات المشرع** : وهناك تعديلات أخرى أدخلها المشرع على هذه الدعوى فقد صدر فى العصر الأخير من الجمهورية قانون كورنيليا بمقتضاه اعتبرت بعض جرائم الاعتداء كالضرب (les coups sans blessure) والجرح (les coups entrainant des blessures) وانتهاك حرمة المنازل (violation du domicile) من الجرائم العامة يعاقب عليها بعقوبات بدنية تتولاها الدولة . إنما إذا اختار المجنى عليه رفع الدعوى العمومية فى هذه الأحوال فان حقه فى رفع الدعوى الجنائية بطلب الغرامة يسقط ، أى أنه كان للمجنى عليه الخيار بين رفع الدعوى الجنائية وطلب الغرامة وبين رفع الدعوى العمومية وإنزال العقوبة البدنية على شخص الجانى .

وقد عمم جوستنيان هذا الخيار فى جميع أحوال الاعتداء الأخرى ، فللمجنى عليه الخيار بين الدعوى العمومية والدعوى الجنائية ، أى أنه اعتبرت جميع جرائم الاعتداء من الجرائم العامة .

٣٧٣ — **جريمة الاعتداء غير المباشر** : وقد ظهرت أيضاً فى هـذا العصر فـكرة الجريمة غير المباشرة (injure indirecte) . فبعد أن كانت الدعوى الجنائية لا ترفع إلا من المجنى عليه وحده ، صار من حق كل شخص أصابه ضرر أو مس شرفه أو اعتباره رفع الدعوى أيضاً . كما إذا ارتكب فعل فاضح على امرأة متزوجة

فلزوجها الحق فى رفع الدعوى الجنائية ، أو إذا ارتكبت جريمة على الابن فللأب أن يرفع الدعوى إذا لحقه ضرر من الجريمة . فى مثل هذه الأحوال تنشأ عن الجريمة دعويان : دعوى لمصلحة المجنى عليه (الابن أو الزوجة) ، ودعوى لمصلحة الأب أو الزوج .

٢ — جريمة السرقة (Furtum)

٣٧٤ — **معنى كلمة (furtum)** : تفيد هذه الكلمة فى آن واحد الشىء المسروق ، وفعل السرقة ذاته وهو تملك منقول للغير أو التصرف فيه بطريق الغش من غير حق . فهى من الجرائم التى تقع على المال لا على الشخص . وسندرس السرقة :

أولاً — فى قانون الألواح الاثنى عشر .

وثانياً — فى العصر العلمى وعصر الامبراطور جوستنيان .

أولاً — السرقة فى القانون القديم

٣٧٥ — **معنى السرقة فى القانون القديم** : تفيد السرقة فى القانون القديم معنى السرقة فى الوقت الحاضر ، إذ كانت قاصرة على حالة الاختلاس (soustraction) أى نقل السارق الشىء من حيازة مالكه إلى حيازته بقصد إضافته لملكه . والدليل على ذلك أن فعل السرقة كان يوصف فى القديم أحياناً بعبارة (amovere) وأحياناً أخرى بعبارة (subripere) . وفى العبارتين المتقدمتين معنى الاختلاس أو نقل الشىء المسروق .

وعليه فالسرقة بالمعنى المتقدم لم تكن ممكنة إلا فى المنقول إذ لا يتصور اختلاس العقار .

٣٧٦ — **عقاب القانون القديم على السرقة** : وقد فرق القانون القديم فى العقاب على السرقة بين حالة التلبس وغيرها . فميز قانون الألواح الاثنى عشر بين

السرقة فى أحوال التلبس (furtum manifestum) وبين السرقة فى غير أحوال التلبس (furtum nec manifestum) .

٣٧٧ — ١ . **حالة التلبس** : ومعنى التلبس القبض على السارق وهو يرتكب السرقة أو ضبطه وبيده الشيء المسروق . ويلحق بالسارق المتلبس من وجد الشيء المسروق فى منزله عقب السرقة نتيجة التفتيش الرسمى المسمى (perquistio per lance et licio) . وصورته أنه إذا سرقت دابة أو عبد مثلا فالمسروق منه كان يتبع خطوات السارق حتى إذا وصل إلى منزل من المنازل صاح بالجيران يستشهدهم وقبل التفتيش كان يخلع عنه ملابسه كلها ما عدا لباسه (licium) ويحمل صحنا (lanx) ثم يدخل المنزل للتفتيش فاذا وجد الشيء المسروق اعتبر من وجد عنده الشيء المسروق فى حكم السارق المتلبس .

٣٧٨ — **عقوبة السرقة فى حالة التلبس** : وتختلف العقوبة المقررة للسرقة مع التلبس باختلاف ما إذا ارتكبت ليلا أو نهاراً وكان السارق يحمل سلاحا أو كانت السرقة قد ارتكبت نهاراً وبدون سلاح .

فى الحالة الأولى ، أى حالة ارتكابها ليلا أو نهاراً وكان السارق يحمل سلاحا ، للمسروق منه قتل الجانى . أما فى الحالة الثانية أى إذا وقعت السرقة نهاراً ولم يكن السارق حاملا سلاحا فيختلف حكم السرقة باختلاف ما إذا كان السارق حراً أو رقيقاً : فان كان حراً حكم القاضى بالحاقه (adjudicatus) بالمسروق منه ، وقد اختلف الشراح فى نتيجة هذا الحكم فيرى بعضهم بأن السارق المحكوم عليه يصبح فى حكم المدين المعسر فلدائنه التصرف فيه كيفما شاء فله قتله أو التصرف فيه بالبيع كرقيق ، ويرى البعض الآخر أنه يصبح فى حكم العبد للمسروق منه . أما إذا كان السارق عبداً فللمسروق منه بعد جلده إعدامه بقذفه من أعلى الجبل (Roche Tarpéienne)

٣٧٩ — **عقوبة السرقة فى غير حالة التلبس** : (furtum nec manifestum) : أما العقوبة المقررة للسرقة فى غير أحوال التلبس فكانت غرامة مقدارها

ضعف قيمة الشئ المسروق ، وللمسروق منه للمطالبة بالغرامة دعوى جنائية يرفعها فى صورة دعوى القسم الشخصية .

وقد تساءل الشراح طويلا عن سبب تشدد القانون القديم فى العقاب على السرقة فى أحوال التلبس ، فبينما يبيح قتل السارق المتلبس فانه لا يحكم على السارق غير المتلبس بأكثر من ضعف قيمة المسروق .

وقد برر بعضهم ذلك بالرجوع إلى فكرة الانتقام التى تثور فى نفس المسروق منه وتبلغ منتهاها من الحدة عند ضبط السارق متلبسا بجريمته .

ويرى آخرون بأن السبب الحقيقى لهذا التمييز فى العقاب يرجع بالأكثر إلى أن العقوبات الجسيمة تستلزم لتوقيعها ثبوتها على الجانى بوجه التحقيق واليقين وإلى أن الدليل القاطع الوحيد لدى الشعوب الأولى كان ضبط السارق وقت ارتكابه الجريمة .

ويلاحظ أن الدعوى الجنائية بالضعف التى تنشأ فى غير أحوال التلبس يجوز رفعها على شركاء السارق أيضاً سواء كان اشتراكهم بطريق التحريض أو الاتفاق أو المساعدة .

٣٨٠ — **دعوى اخفاء الأشياء المسروقة** : (actio furti concepti)

وقد تعرض قانون الألواح الاثنى عشر لحالة إخفاء الأشياء المسروقة فمنح المسروق منه ضد من يضبط عنده الشيء المسروق دعوى بثلاثة أمثال القيمة .

٣٨١ — **دعوى الرجوع** (actio furti oblati) : وقد منح قانون الألواح للمخفى الذى حكم عليه بمقتضى الدعوى المتقدمة دعوى للرجوع بها على من قدم إليه الشيء المسروق وهى كدعوى الاخفاء يحكم فيها بثلاثة أمثال القيمة

ثانياً — السرقة فى العصر العلمى وعهد الامبراطور جوستنيان

توسع الرومان فيما بعد فى معنى السرقة ، فصارت تشمل حالات أخرى عدا حالة الاختلاس ، فشملت خيانة الأمانة والنصب وقبض مبلغ بسوء نية على أنه سداد لدين

لا وجود له كما سنتبين ذلك من دراسة أركانها طبقا لما يمكن استخلاصه من نصوص العصر العلمى .

٣٨٢ — **أركان السرقة** : أركان السرقة فى العصر العلمى ثلاثة :

١ — الركن المادى (contrectatio) : وهذا أوسع بكثير من الاختلاس (soustraction) ، إذ الاختلاس يستلزم نقل الحيازة بخلاف العبارة المتقدمة (contrectatio) فهى تفيد أن يحوز الشخص مال الغير بغير وجه حق (avoir la chose en main) سواء كانت حيازته هذه من طريق اختلاس الشىء من مالكه أو بناء على تسليمه من المالك ذاته . فتشمل كل الأحوال التى يحوز فيها شخص شيئا مملوكا للغير وينتفع به بغير وجه حق ، فتشمل بذلك حالة السرقة أى اختلاس مال منقول مملوك للغير ، وتشمل أيضاً النصب وخيانة الأمانة وحالة الشخص الذى يقبض دينا بغير وجه حق وبسوء نية مع علمه بأنه غير دائن .

لذلك ذهب بعض شراح الرومان فى العصر العلمى ، وهم أنصار المذهب السابينى (les Sabiniens) ، إلى القول بأن السرقة كانت ممكنة فى العقار . فاذا تصرف المستأجر مثلا فى العقار المؤجر له عد سارقا . إلا أن هذا الرأى كان مرجوحا ولم يأخذ به جوستنيان .

٢ — الركن المعنوى : يجب أن ترتكب السرقة بقصد السرقة (animus furandi) أى أن يعلم الفاعل بأنه يسرق مال الغير . إنما يشترط فى السرقة قصد جنائى خاص بجانب القصد الجنائى السابق وهو نية الكسب (animus lucrandi) ، أى أن يختلس مال الغير بقصد الحصول على منفعة من هذا المال إما بالانتفاع به أو التصرف به ، فاذا سرق شخص مالا مملوكا للغير بقصد إتلافه أو بقصد الانتقام من صاحبه فانه لا يعد سارقا .

٣ — الركن الثالث : هو أن ترتكب السرقة بغير إرادة المالك أو علمه (invito domino) . فلا يعقل أن يسرق شخص ملكه ، ولا يعد سارقا من يحصل على شىء بموافقة صاحبه أو بعلمه .

وقد توسع الشراح فى معنى السرقة فقالوا بأنه لا يشترط فى السرقة نية التملك ، بل يعتبر سارقا من يحصل على شىء مملوك للغير بقصد استعماله فقط . وتسمى هذه الحالة بسرقة الاستعمال (furtum usus) ، كحالة الوديع إذا استعمل الوديعة فيعاقب باعتباره سارقا .

كذلك يعاقب القانون الرومانى على سرقة وضع اليد (furtum possessiones) فيعاقب المالك إذا استرد ملكه خفية من تحت يد الدائن المرتهن أو من تحت يد المنتفع .

٣٨٣ — **عقاب السرقة فى العصر العلمى** : وجد فى العصر العلمى للعقاب على السرقة دعاوى جنائية خاصة (actions pénales privées) ، ودعاوى جنائية عامة (actions publiques) وبجانب كل من هذين النوعين من الدعاوى الجنائية دعاوى مدنية محضة لاسترداد الشىء المسروق أو قيمته .

١ — الدعاوى الجنائيــة الخاصة : — أبقى البريتور دعوى الضعف المتقدمة فى غــير حالة التلبس (action furti concepti) ودعوى الرجوع (actio furti oblati) .

ولـكنه ألغى حق أخذ الثأر فى السرقة مع التلبس . فحظر على المجنى عليه الانتقام من شخص السارق بقتله إلا فى حالة الدفاع الشرعى (légitime défense) ، وليس له فى غيرها من أحوال التلبس سوى دعوى جنائية (actio furti manifesti) بأربعة أمثال القيمة (au quadruple) . وقد كانت هــذه القيمة تقدر فى الأصل باعتبار قيمة الشىء المسروق (quanti ae res est) ، ثم صارت تقدر باعتبار المنفعة التى ضاعت على المسروق منه نتيجة ارتكاب السرقة (quanti interest) .

وقد أنشأ البريتور دعوى أخرى بأربعة أمثال الضرر الحـادث من الجريمة فى حالة ارتـكاب سرقة بالقوة من عصابة أو بالسلاح (actio vi bonorum raptorum)

٢ — الدعاوى الجنائية العـامة (actions publiques) : وجد للسرقة فى نهاية الجمهورية دعاوى عامة ترفع باسم الدولة وتؤدى إلى الحكم على السارق بعقوبات

بدنية تتولى الدولة توقيعها بواسطة رجالها . وقد تقرر هذا فى أول الأمر فى حالة السرقة باستعمال القوة المسلحة أو بالاكراه . ثم تقرر أيضا فيما بعد بالنسبة لكل أحوال السرقة الأخرى وأعطى للمسروق منه الخيار بين رفع الدعوى العمومية وبين رفع الدعوى الجنائية الخاصة بطلب الغرامة .

إنما يلاحظ بأنه فى حالة ارتكاب السرقة باكراه يجوز الجمع بين الدعوى العمومية (action publique) ودعوى السرقة (actio furti) التى يترتب عليها الحكم بالغرامة لمصلحة المسروق منه .

٣ — الدعاوى المدنية (actions réipersécutoires) : لا تمنع دعوى الغرامة أو العقوبة من الدعاوى المدنية المبنية على فكرة تعويض الضرر باسترداد المال المسروق أو قيمته . وهذه الطرق المدنية كثيرة ، فمنها أمر استرداد الحيازة (interdit utrubi) ومنها أيضا بعض دعاوى تعاقدية (actions contractuelles) كدعوى الوديعة (actio depositi) إذا ارتكبت السرقة من المودع لديه . غير أن أهمها دعويان دعوى الاسترداد (action en revendication) ودعوى التعويض عن المال المسروق (condictio furtiva)

ا — دعوى الاسترداد : لاشك أن للمسروق منه استرداد ملكه من السارق لأن السرقة ليست طريقا من طرق اكتساب الملكية ، فالمسروق منه يبقى مالكا لملكه وليس هناك ما يمنعه من استرداد ملكه من تحت يد السارق ، بل لقد تساءل بعض الشراح عما إذا لم تكن دعوى الاسترداد فى الأصل دعوى جنائية أساسها السرقة قبل أن تصبح دعوى عينية مقررة لحماية حق الملكية .

ب — (condictio furtiva) ، وهى دعوى شخصية (action personnelle) للمطالبة بالقيمة ولها ميزتان تمتاز بهما عن دعوى الاسترداد ، فهى ممكنة ولو خرج الشىء المسروق من تحت يد السارق أو هلك قبل استرداده .

٣ — جريمة الاعتداء على مال الغير

Damnum Injuria Datum

تقع هذه الجريمة — كجريمة السرقة — على مال الغير ولكنها تختلف عن السرقة فى أنها لاترتكب بقصد الكسب وإنما بقصد الانتقام أو نتيجة خطأ يقع من الفاعل .

ونلاحظ على هذه الجريمة أنها لا تتناول كل الأفعال الضارة التى تقع على مال الغير . فهى تختلف عن الجنحة أو شبه الجنحة المقررة فى قانوننا المدنى (١٥١ مدنى أهلى و ٢١٢ مدنى مختلط) الذى أوجب على كل من يحدث بفعله أو خطأه ضرراً بالغير تعويض هذا الضرر .

٣٨٤ — **فى القانون القديم** : فقانون الألواح الاثنى عشر لم ينص إلا على أنواع مبعثرة من هذه الأفعال منها : (١) قطع أشجار من أرض الغير (٢) إحراق منزل باهمال (٣) ترك الشخص ماشيته ترعى فى أرض الغير .

ثم صدر بعد ذلك فى أوائل عصر الجمهورية (فى نهاية القرن الخامس لروما) قانون جديد يسمى قانون أكويليا (Lex Aquilia) نظم أحوال الاضرار بمال الغير فى مبادئ عامة . وقد سمى كذلك نسبة إلى اكويليوس (Tribun Aquilius) مقترح هذا القانون .

٣٨٥ — **الأفعال المعاقب عليها طبقا لقانون اكويليا** : وهذا القانون يشمل نصوصا ثلاثة :

الأول : يعاقب بمقتضاه كل من قتل عبداً أو حيوانا من ذوات الأربع التى تعيش فى قطيع مثل الغنم بغرامة تقدر بأعلى قيمة وصل إليها العبد أو الحيوان فى السنة السابقة على ارتكاب الجريمة . وتبدأ السنة من وقت الجرح لا الوفاة .

الثانى : يعاقب الدائن الثانوى (créancier accessoire) إذا تنازل عن الدين بطريق الغش إضراراً بحقوق الدائن الأصلى .

والدائن الثانوى (adstipulator) يدخله الدائن الأصلى فى العقد لقبض الدين . فهو وكيل بالقبض فقط له المطالبة بالدين وله قبضه ولكنه لا يملك التصرف فيه . فاذا تنازل عنه إضراراً بالدائن الأصلى فكان يحكم عليه بقيمة الالتزام كغرامة . وقد بطل استعمال هذا النص منذ العصر العلمى اكتفاء بدعوى الوكالة (actio mandati) التى تحمى حقوق الدائن الأصلى قبل الدائن الثانوى ولذلك أغفلت النظم (Institutes) ذكر هذا النص .

الثالث : يعاقب على أفعال الاعتداء الأخرى دون القتل التى تقع على العبد أو على حيوان من الحيوانات التى يشملها النص الأول ، ويشمل أيضاً هذا النص إعدام أو اتلاف غير ما تقدم من الأشياء حيواناً كان جماداً . فيشمل هذا النص قتل حيوان آخر أو إعدام الأشياء الأخرى أو إتلافها أو احداث جرح برقيق أو بحيوان من ذوات الأربع . ويحكم فى هذه الحالة على المعتدى بغرامة قدرها أعلى قيمة وصل إليها الشىء فى الثلاثين يوماً السابقة على ارتكاب الجريمة .

٣٨٦ — **طبيعة الحالة الجنائية الناشئة عن هذا القانون** : يلاحظ على هذه الدعوى أنها من الدعاوى التى يحكم فيها على الفاعل بالضعف فى حالة انكاره وبالمثل فقط فى حالة اعترافه . لذلك يرى بعض الشراح أن الدعوى الناشئة عن هذا القانون تكون جنائية فى حالة الانكار ومدنيـة فى حالة الاعتراف . على أن هذا الرأى مرجوح لأنه حتى فى حالة الاعتراف والحكم بالمثل فقط فانه لا يحكم بقيمة الضرر وحده بل بأعلى قيمة وصل إليها الشىء إما فى السنة السابقة على ارتكاب الجريمة أو الشهر السابق لارتكابها ، فالفرق بين هذه القيمة والقيمة الحقيقة هو الذى يعطى للدعوى صفة العقاب فى كل الأحوال . كما أن الأحكام المقررة لهذه الدعوى تشبه كلها الأحكام المقررة للدعاوى الجنائية بوجه عام فهى تسقط كالدعاوى الجنائية بوفاة الجانى ولا تسقط بموته المدنى ، كما أنه إذا اشترك فى ارتكاب الفعل عدة أشخاص فقد كان للمجنى عليه حق رفع الدعوى على كل واحد منهم ، وكذلك إذا ارتكب الفعل شخص تابع لغيره (alieni juris) كابن أو عبد أو حدث الفعل أو الضرر

من حيوان فقد تؤدى الدعوى إلى التخلى عن العبد أو الحيوان أو الابن ، وهذا التخلى يرجع إلى فكرة الانتقام الشخصى من مرتكب الجريمة وهو ما يفيد أنها دعوى جنائية .

إنما لهذه الدعوى بعض صفات تقربها من الدعاوى المدنية . فلا يجوز الجمع بينها وبين الدعوى المدنية التى قد تنشأ للمالك قبل الفاعل ، فمثلا إذا أتلف المودع لديه الوديعة أو أهمل فى المحافظة عليها كان للمودع دعويان : الدعوى الناشئة عن قانون اكويليا والدعوى المدنية الناشئة عن عقد الوديعة (actio depositi) ، فى هذه الحالة لا يجوز للمودع أن يجمع بين الدعويين بل له فقط الخيار بين رفع أحديهما فاذا رفع دعوى الوديعة فان حقه يسقط فى رفع دعوى قانون اكويليا إلا إذا كانت الدعوى الناشئة عن هذا القانون أكثر نفعا له فله فى هذه الحالة أن يرفعها بقدر الزيادة فقط .

ويجب التفرقة فى حالة ما إذا نشأ عن فعل واحد دعويان ، دعوى مدنية ودعوى اكويلية كما فى الوديعة مثلا ، بين ما إذا كان الفعل الذي نشأ عنه الضرر فعلا مباحا طبقا لأحكام العقد ذاته فهنا لا ينطبق قانون اكويليا وبين ما إذا كان الفعل الذى نشأ عنه الضرر مخالفا للالتزامات الناشئة عن العقد فللمالك الذى لحقه الضرر فى هذه الحالة الخيار بين الدعوى الناشئة عن العقد والدعوى الناشئة عن قانون اكويليا . فبمقتضى دعوى الوديعة مثلا (actio depositi) لا يسأل الوديع إلا عن غشه أو خطأه الجسيم بخلاف قانون اكويليا فانه يعاقب على كل تقصير ولو كان بسيطا . وعليه إذا نقل الوديع الشىء المودع لديه بسبب انتقاله من مسكنه مثلا ثم هلك الشىء المودع لديه أثناء هذا الانتقال بخطأ بسيط من جانب الوديع فلا يسأل طبقا لقانون اكويليا لأن نقله للشىء كان يوجبه العقد ذاته إذ يوجب عليه العقد المحافظة على الوديعة . إنما إذا فرض ونقل الوديع الوديعة ليطلعها لأحد أصدقائه فهنا يسأل الوديع طبقا لقانون أكويليا أولا وبمقتضى العقد ثانيا ، ويكون للمودع دعويان له الخيار فى رفع أيهما .

٣٨٧ — **شروط تطبيق قانون أكويليا** : يمكن حصر عناصر جريمة الاضرار كما نظمها قانون أكويليا فيما يأتى :

١ — يجب أن يكون هناك ضرر (damnum) فاذا انعدم الضرر فلا دعوى كما إذا أتلف شخص وصية آخر حال حياته فان هذا الفعل لا يقع تحت طائلة قانون اكويليا لأنه ليس هناك ضرر إذ فى استطاعة الموصى تجديد وصيته .

٢ — ويجب أن يكون الضرر قد وقع بدون وجه حق (injuria) أى ناشئاً عن فعل غير مشروع (un fait illégal) ، فالشخص الذى يستعمل حقاً من حقوقه ويترتب على هذا الاستعمال ضرر للغير فلا عقاب عليه ، كما إذا لم يتمكن شخص من رد الاعتداء الذى وقع عليه من عبد مملوك للغير إلا بقتله فانه لا يعاقب بمقتضى قانون اكويليا لأنه إنما استعمل حقا من الحقوق التى خولها إياه القانون ، وهو حق الدفاع الشرعى عن النفس . أو إذا اضطر شخص أثناء احتراق منزله لهدم جدار جاره فلا يعاقب أيضا لأنه استعمل حقا مشروعا له هو حق الدفاع عن ماله . وبعبارة أخرى يجب حتى ينطبق قانون اكويليا أن يكون الفعل الذى ترتب عليه الضرر مما لا يبيحه القانون .

٣ — ويجب أن يكون الضرر قد نشأ من فعل إيجابى وقع الفاعل (fait positif) سواء كان الضرر ناشئاً عن غشه أى تعمده الاضرار أو عن خطأه (faute) . إنما يشترط أن يكون الخطأ إيجابيا (culpa in committendo) ، فلا يكفى مجرد الامتناع . فاذا امتنع شخص عن إطفاء النار المشتعلة بمنزل الغير مع قدرته على ذلك فلا يعاقب على امتناعه بمقتضى قانون اكويليا لأنه لم يرتكب خطأ إيجابياً .

إنمـا يمتنع تطبيق القاعدة السابقة لانتفاء علتها إذا نشأ الضرر من الامتناع عن عمل كان واجباً أداؤه على الممتنع ، إذ امتناعه هنـا لا يمكن إعتباره استعمالا لحق وإنما اعتداء على حق الغير . وقد يكون هذا العمل واجبا بمقتضى عقد من العقود كما إذا أهمل البائع فى المحافظة على المبيع مما أدى إلى سرقته ، أو احترق

المنزل المؤجر نتيجة تقصير المستأجر فى العناية به . وقد يكون الالتزام بعمل شىء ناشئا عن فعل إرادى من جانب واحد يستلزم بطبيعته من فاعله شيئاً من العناية أو الاحتياط ، كما إذا أحرق شخص بأرضه حشائش وأهمل فى رعاية النار فامتدت إلى أرض الجار وأتلفت حاصلاته فانه يسأل عن امتناعه فى ملاحظة النار ، كذلك إذا أجرى طبيب عملية جراحية على الوجه الأكمل ثم أهمل فى العناية بالمريض بعد العملية فانه يسأل فى هذه الحالة عن نتائج امتناعه فى العناية بمريضه .

٤ — ويجب طبقا لهذا القانون أن يحدث الضرر من فعل مادى (corpore) صادر من الفاعل وأن يقع مباشرة على مال الغير (corpori) . أى يجب أن يكون الضرر من الجسم (corpore) وعلى الجسم (corpori) . فلا ينطبق هذا القانون فى الأحوال الآتية :

(ا) إذا قيد سيد عبده فى شجرة عقابا له ، ثم مر به شخص آخر أخذته الرأفة بالعبد ففك قيوده وهرب العبد . فلا ينطبق قانون اكويليا لعدم وجود ضرر مادى (corpore) أصاب العبد .

(ب) إذا أحدث شخص صوتا أزعج ماشية الغير التى كانت ترتوى من مجرى نهر فاندفعت الماشية فى المجرى وهلكت ، فلا ينطبق قانون اكويليا على هذه الحالة أيضاً ، لأن الضرر لم يحدث من فعل مادى من الفاعل (corpore) بخلاف ما إذا كان الفاعل قد دفع الحيوان فى اليم .

غير أن هذا الشرط أهمل فيما بعد بفضل تداخل البريتور ، حيث منح هذا الحاكم القضائى دعوى قانون اكويليا (actio legis aquiliae) بطريق التوسع (à titre utile) حتى فى الأحوال التى لا ينشأ فيها الضرر من فعل مادى من الفاعل ما دام أن الفاعل هو الذى تسبب فى وقوع الضرر .

٣٨٨ — **من يرفع الدعوى الاكويلية** : الأصل أن هذه الدعوى لا تكون إلا للمالك . ونعنى بالمالك كل من يكون قد اكتسب المال المتعدى عليه وقت

رفع الدعوى الناشئة عن هذا القانون ، فاذا أتلف شخص مالا موجوداً فى تركة فيكون للوارث الذى سيستولى فعلا على التركة فيا بعد حق رفعها ، كذلك إذا اعتدى شخص على مال مملوك لرومانى أسير فى الخارج كان لهذا الأخير متى عاد من أسره الحق فى رفع الدعوى تطبيقاً لمبدإ ما وراء الحدود .

غير أن البريتور توسع فى تطبيق قانون اكويليا فأعطى الدعوى الناشئة عنه للمنتفع والدائن المرتهن رهنا حيازيا . بل وللدائن بشىء معين (corps certain) المشترى الذى اشترى مالا من آخر وقبل التسليم اعتدى شخص ثالث على المبيع فله أن يرفع الدعوى على محدث الضرر ولو لم يصبح مالكا بعد لعدم تسلمه المبيع .

المبحث الثانى

فى الجرائم البريتورية (Les Délits Prétoriens)

٣٨٩ — *مقدمة عامة* : تدخل البريتور فى باب الجرائم كما فى باقى أجزاء القانون الرومانى القديم (jus civile) لسد أوجه النقص فيه وتعديل بعض أحكامه . وقد رأينا كيف عدل البريتور من أحكام القانون المدنى الخاصة بجريمة الاعتداء (injuria) حيث أعطى للمعتدى عليه فى جميع الأحوال دعوى تقديرية (actio aestimatoria) ، وكيف عدل من أحكام السرقة فى حالة التلبس حيث حظر على المجنى عليه الأخذ بالثأر من السارق فى مقابل إعطائه دعوى بأربعة أمثال القيمة (action au quadruple) ، وكيف توسع فى تفسير قانون اكويليا الخاص بجريمة الاضرار بمال الغير .

وقد لعب البريتور أيضاً دوراً مهما فى توسيع تطبيق أحكام القانون المدنى فى باب الجرائم بتطبيق أحكامه على الأجانب أسوة بجماعة الرومان وذلك باستعمال طريق الافتراض أو الحيلة القانونية (fiction) إذ كان يعطى صيغة الدعاوى الجنائية ضد الأجانب مع افتراض أنهم رومانيون .

وأخيراً أكمل البريتور أحكام القانون المدنى بانشاء جرائم جديدة سوف نقتصر على دراسة أهمها وهى الاكراه (metus) والغش (dolus) وغش الدائنين (fraus creditorum)

١ — الإكراه أو التهديد Metus

٣٩٠ — **معنى الإكراه** : الاكراه هو استعمال القوة violence) (matérielle) أو التهديد (simple menace) بضرر يمس حياة الشخص أو جسمه أو حريته أو عائلته لحمله على تسليم شىء كنقود أو قبول تصرف من التصرفات القانونية (acte juridique) كالتنازل عن ميراث أو دين أو بيع مال من أمواله أو هبته أو التعهد بدين .

ولم يكن التهديد فى الأصل معاقباً عليه إلا إذا وقع الضرر المهدد به . ويمكن تبرير ذلك فى القانون القديم حيث كانت جل التصرفات القانونية شكلية تستلزم لانعقادها إجراءات رسميـة تتم تحت إشراف موظف عمومى كالحاكم القضائى فى الدعوى الصورية (in jure cessio) أو بحضور شهود كما هو الحال فى الاشهاد (mancipatio) وفى عقد القرض القديم (nexum) . فوجود الحاكم القضائى أو الشهود كان يبعد وقوع إكراه من أحد العاقدين على الآخر . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فقد كان الرومان فى العصر القديم يرون أن العقوبة المقررة للأفعال المهدد بها عند وقوعها كافية للعقاب على الاكراه أو لمنع تنفيذ التهديد .

إلا أن هذه الحالة وإن كان من الممكن تبريرها فى العصور الأولى فقد صارت مفتقرة إلى علاج بعد ظهور العقود الرضائية التى تتم بمجرد التراضى وبدون حاجة إلى إجراءات شكلية . لذلك تدخل البريتور فجعل من الاكراه أو التهديد جريمة تنشأ عنها دعوى للمجنى عليه بأربعة أمثال الضرر الذى لحقه من العمل الذى أكره عليه (actio metus) ، وأعطى للمكره بجانب هـذه الدعوى وسائل أخرى لابطال أثر التصرفات التى قبلها تحت تأثير الاكراه ويمكن حصرها فى اثنين :

دفع الاكراه (exceptio quod metus) ، وطلب إعادة الشيء إلى أصله (restitutio in integrum ob metum)

وقد اختلف الشراح فى تحديد وقت تقرير هذه الطرق الثلاثة والراجح أنها ظهرت بالترتيب الذى ذكرناها به .

٣٩١ — **دعوى الاكراه** : هذه الدعوى ينسبونها إلى البريتور (Octavius) الذى حكم حوالى سنة ٦٧٨ من إنشاء روما . وهى دعوى جنائية إذ يترتب عليها الحكم على المكره بأربعة أمثال الضرر وهى جائزة ليس فقط ضد المكره وحده بل أيضا ضد من يكون قد استفاد من الاكراه وهو ما يعبر عنه (Gaius) بقوله إن دعوى الاكراه دعوى شيئية (in rem scripta) ولكن ليس معنى ذلك بأنها دعوى عينية (action réelle) .

ولكن يلاحظ أن هذه الدعوى وإن كانت جنائية إلا أنها قد فقدت تدريجاً كثيراً من خصائصها الجنائية بتشبهها من كثير من النواحى بالدعاوى المدنية (actions reipersécutoires)

١ — فهى دعوى تحكمية (action arbitraire) أى أن القاضى عند ما يثبت لديه وقوع الاكراه وقبل الحكم بالغرامة يصدر أمراً إلى المكره يدعوه فيه إلى أن يرد ما أخذه فى العقد كرها فان رد ما أخذه انتهى الأمر وإلا حكم القاضى بالغرامة . فللمكره أن يتفادى الحكم عليه بأربعة أمثال الضرر بتنفيذ أمر القاضى .

٢ — وكانت جائزة ضد ورثة المكره بقدر استفادتهم .

٣ — وكانت مؤقتة بمدة سنة بمعنى أنها إذا رفعت بعد السنة فلا يحكم فيها إلا بقيمة الضرر وحده لا بأربعة الأمثال .

٤ — وأخيراً إذا تعدد الفاعلون فى جريمة الاكراه فلا يجوز الجمع بين الدعاوى الجنائية قبلهم جميعاً بل إن دفع الغرامة من أحدهم يبرىء ذمة الآخرين .

٣٩٢ — **الدفع بالاكراه** (exceptio quod metus causa) : تظهر فائدة هذا الدفع فى حالة ما إذا كان العقد الذى تم تحت تأثير الاكراه لم ينفذ بعد ؛ فاذا

تعهد شخص كرها بأن يدفع إلى آخر مبلغاً من النقود وطالبه هذا الأخير بالوفاء كان له أن يدفع دعواه بدفع الاكراه .

٣٩٣ — **اعادة الشىء إلى أصله** (restitutio in integrum ob metum) :

وهو إجراء يمنحه البريتور فى بعض الأحوال بعد التحرى والتحقيق (cognita causa) ويؤدى إلى فسخ التصرف وإعادة كل شىء إلى أصله . ولذا كان طلب إعادة الشىء إلى أصله أنفع للمكره من دعوى الاكراه فى بعض الأحيان كما فى المثلين الآتيين :

(١) إذا تنازل شخص تحت تأثير الاكراه عن تركة ذى قيمة فبطلب إعادة الشىء إلى أصله يتمكن من قبول التركة من جديد .

(٢) إذا أكره شخص على نقل مال من أمواله كان له بعد صدور قرار البريتور برد الشىء إلى أصله أن يسترد ملكه عيناً بدعوى الاسترداد ؛ بخلاف دعوى الاكراه فهى دعوى شخصية وقد تكون عديمة الفائدة إذا كان المكره معسراً .

ويلاحظ أن الاكراه الذى يعاقب عليه القانون ويعتبره البريتور جريمة هو الاكراه الذى يقع على جسم الشخص أو يهدد حياته أو حريته أو عائلته .

كذلك يشترط فيه أن يكون مما يؤثر فى الشخص المميز غير سهل التأثير (homo constantissimus) ، فلا يحمى البريتور الجبان .

٢ — جريمة الغش (Dolus Malus)

يفرق الرومان بين الغش الجائز (dolus bonus) ، والغش غير الجائز (dolus malus) . فالأول وهو الذى يقع ضد الأجنبى أو العدو كان يعتبره القانون الرومانى مباحاً لأنه كان لا يعترف بأى حق من الحقوق للعدو ، ويعتبر أيضاً من قبيل الغش الجائز أساليب الاقناع والكذب التى تعتبر من قبيل المهارة فى المعاملات فلا يعتبرها القانون مبطلة للتصرف أو معيبة للرضا .

أما الغش (dolus malus) فهو استعمال الخداع والحيلة على شخص بقصد إيقاعه فى الخطأ وحمله بذلك على القيام بأمر من الأمور المادية أو القانونية .

ولم يكن الغش معاقباً عليه فى القانون القديم لاعتباره نوعا من المهارة من جهة ولما احتوت عليه العقود الرسمية القديمة من ضمانات علنية تحمى كل طرف من غش الآخر من جهة أخرى . ولكن عند ما أصبح الغش عملا غير شريف ونوعا من الخيانة اعتبره البريتور جريمة كالاكراه ومنح المجنى عليه كما فى الاكراه وسائل ثلاث لحماية حقوقه وهى دعوى الغش ودفع الغش وطلب إعادة الشىء إلى أصله (restitutio in integrum ob dolum)

٣٩٤ — **دعوى الغش** : دعوى الغش كقاعدة عامة دعوى جنائية كدعوى الاكراه فهى مؤقتة بمدة سنة ، وتعطى بطريق دعوى التخلى (action noxale) فى حالة ارتكاب الغش من شخص تابع لغيره . إلا أن صفتها الجنائية أخف بكثير من دعوى الاكراه . ذلك (١) أنها دعوى بسيطة (au simple) بمعنى أنه لا يحكم فيها إلا بقيمة الضرر وحده (٢) أنها دعوى تحكمية تؤدى فى الغالب إلى إبطال التصرف برد الشىء عيناً (٣) أنها جائزة ضد ورثة الفاعل بقدر ما استفادوا (٤) أنه لا يجوز الجمع بينها وبين الدعاوى المدنية ولا يجوز قبض قيمتها سوى مرة واحدة عند تعدد الفاعلين (٥) أنها دعوى احتياطية (action subsidiaire) بمعنى أنه لا يجوز استعمالها إلا إذا لم يتمكن من وقع فى الغش من الحصول على تعويض الضرر بطريق آخر مثلا باستعمال الدعوى الناشئة عن العقد أو باستعمال الدفع (exceptio) ، كما إذا كان العقد الذى تم غشا لم ينفذ بعد فليس لمن وقع فى الغش استعمال هذه الدعوى بل عليه الانتظار حتى يطالب بالتنفيذ والدفع عندئذ بالغش .

٣٩٥ — **الفرق بينها وبين دعوى الاكراه** : يمكننا مما تقدم حصر هذه الفروق فيما يأتى : — (١) دعوى الاكراه قد تؤدى إلى الحكم على المكره بأربعة أمثال الضرر بخلاف دعوى الغش فهى دعوى بسيطة (au simple) لا يترتب

عليها سوى الحكم على الفاعل بمثل الضرر وحده (٢) دعوى الغش دعوى احتياطية (action subsidiaire) دون دعوى الاكراه (٣) لا تجوز ضد غير الجانى ولو استفاد من الجريمة ما لم يكن وارثه . بخلاف دعوى الاكراه فتعطى ضد المكره وضد كل من يكون قد استفاد من الاكراه كما سبق بيانه . (٤) وأخيراً فان دعوى الغش من الدعاوى التى يترتب على الحكم فيها إلحاق الوصمة بالمحكوم عليه (action infamante) ولذلك فلا يجوز رفعها على من تربطهم بالمجنى عليه صلة قرابة أو ولاء .

٣ — جريمة غش الدائنين (Fraus Creditorum)

٣٩٦ — **المعانى المختلفة لكلمة** (fraus) : لهذه الكلمة معان متعددة . فهى تستعمل عادة بمعنى الطرق الاحتيالية وتفيد أحياناً الغش (dol) إلا أن لهذه الكلمة معنى قانونياً خاصاً فى موضعين : (١) الغش الذى يرتكبه المعتوق إضراراً بحقوق معتقه فى الميراث ويعاقب عليه القانون البريتورى بدعويين (actio Calvisiana) و (actio Fabiana) . (٢) وغش الدائنين ، وهو الغش الذى يرتكبه المدين المعسر بدائنه ، وهو ما سنعنى بدراسته .

٣٩٧ — **العقاب على غش الدائنين** : تقرر هذا العقاب بناء على فكرة العدالة التى تقضى باعتبار أموال المدين ضامنة لحقوق دائنيه . ففى كل الأحوال التى يتصرف فيها المدين فى أمواله بطريق الغش ويترتب على تصرفه هذا إعساره أو زيادة إعساره ، فانه يرتكب جريمة يعاقب عليها بدعوى بريتورية نقلت إلى التشريع الفرنسى وإلى تشريعنا المصرى وعرفت بالدعوى البولصية (مادة ١١٦٧ مدنى فرنسى — ١٤٣ مدنى أهلى — ٢٠٤ مدنى مختلط) .

ومن الصعب دراسة أحكام هذه الجريمة فى قانون جوستنيان لادماجه طرقا ثلاثة للعقاب على غش الدائنين فى الدعوى البولصية بعد أن كان لكل منها تطبيق

مستقل فى العصر العلمى ، ونعنى بهذه الوسائل الثلاث : (١) أمر الغش (interdit fraudatoire) . (٢) دعوى شخصية بالتعويض وهى الدعوى البولصية . (٣) رد الشيء إلى أصله (restitutio in integrum) .

٣٩٨ — ١ . **أمر الغش** : هو أمر يصدره البريتور إلى الغير الذى تعاقد مع المدين المعسر وحصل منه على شيء مادى برد الشيء إلى مال المدين حتى يتمكن دائنوه من التنفيذ عليه أسوة بباقى أموال مدينهم . فاذا لم يذعن العاقد لأمر البريتور فان البريتور كان يمنح الدائن دعوى تحكمية تؤدى إلى الحكم فى حالة عدم الرد بتعويض مالى .

ولا يستفيد من هذا الأمر سوى الدائن الذى استصدره ، وكان طلبه مقيداً بمدة سنة من تاريخ التصرف . وهو كما رأينا مقصور على حالة ما إذا تصرف المدين فى شيء من ملكه ، فهو لا يؤدى والحالة هذه إلى حماية حقوق الدائن حماية كافية ، إذ للمدين سيء النية أن يضعف ضمان دائنيه بوسائل أخرى ، كأن يعقد ديوناً جديدة أو يتنازل عن دين له .

٣٩٩ — **ظهور الدعوى البولصية** : لذلك نشأت الدعوى البولصية للطعن فى مثل التصرفات السابقة ، وقد أنشأها البريتور وجرى العرف بنسبتها إلى بريتور مجهول اسمه بولص (Paulus) ، ولذا سميت بالدعوى البولصية . وسندرس :

أولا — شروط استعمال الدعوى البولصية .

ثانيا — ثم ندرس آثارها .

١ — شروط استعمال الدعوى البولصية

سنتعرض ، قبل الكلام على هذه الشروط ، إلى بيان من يرفع الدعوى البولصية وعلى من ترفع ، لاختلاف أحكام القانون الرومانى فى ذلك عن القانون الحاضر .

٤٠٠ — *ممن ترفع الدعوى وعلى من ترفع* : فى القانون الحاضر يجوز لكل دائن رفع الدعوى البولصية مستقلا عن الدائنين الآخرين ولا يستفيد منها سواه . وذلك لعدم وجود إجراء شامل لتصفية أموال المدين غير التاجر فى حالة إعساره أسوة بالمدين التاجر ، إذ الافلاس قاصر على المواد التجارية . وهذا بخلاف الحال فى القانون الرومانى ، لأن أموال المدين كانت توضع عند إعساره تحت يد الدائنين (missio in possessionem) باجراءات خاصة بقصد جردها ثم بيعها بطريق المزاد وتوزيع الثمن على جماعة الدائنين كل بنسبة دينه ، وكان يعين لاجراء هذه التصفية وكيل عن الدائنين يسمى (curator bonorum) وهو أشبه بالسنديك فى التفاليس التجارية . لذلك كانت ترفع الدعوى البولصية فى الغالب من وكيل الدائنين باعتبارها إجراء من إجراءات التصفية ، وكانت تؤدى إلى إعادة ماخرج من مال المدين بتصرفاته التدليسية .

وترفع الدعوى البولصية على المدين نفسه كما يجوز رفعها على من تعاقد معه أو استفاد من تصرفه . والواقع أنها ترفع عادة على هذا الأخير إذ لا فائدة ترجى من استعمالها فى مواجهة المدين وهو معسر .

٤٠١ — *شروط استعمال الدعوى المذكورة* : (١) يشترط فى التصرف المطعون فيه أن يكون من التصرفات القابلة للفسخ . فلا يجوز الطعن بهذه الدعوى فى تصرف لا يقبل الفسخ مثل التحرير (affranchissement) وقبول التركة (adition d'hérédité) بناء على القاعدة المشهورة (semel heres semper heres)

(٢) يجب أن يترتب على التصرف المطعون فيه افتقار المدين ، سواء حدث هذا بانقاص الجانب الايجابى من ذمته كأن يكون قد تصرف فى ماله بالبيع أو الهبة أو التنازل عن دين ، أو بالزيادة فى الجانب السلبى منها كعقد ديون جديدة ؛ أو بعبارة أخرى يشترط فى التصرف المطعون فيه أن يكون مفقراً للذمة (un acte d'appauvrissement) ، فلا يكفى إذن أن يمتنع المدين عن الاغتناء كرفض ميراث أو وصية أو هبة أو إهمال صفقة رابحة .

(٣) يجب أن يكون التصرف قد أضر بمصلحة الدائنين ، ويعتبر الضرر متوافرا متى جر هـذا التصرف إلى إعسار المدين أو زاد فى حالة إعساره ، فلا تقبل الدعوى إذا كانت أموال المدين الباقية كافية لسداد دينه لانعـدام الضرر ، وبالتالى لانعدام المصـلحة فى رفع الدعوى ، وحيث لا مصلحة فلا دعوى (pas d'intérêt pas d'action) .

(٤) ويجب أن يكون المدين سيء النية (consilium fraudis) ، ولايستلزم سوء النية أن يتعمد المدين إعسار نفسه أو زيادة إعساره بقصد الاساءة إلى دائنيه . بل يكفى أن يكون عالماً بسوء حاله وبما يترتب على تصرفه من الاضرار بمصالح دائنيه . ويعتبر سوء النية متوفراً دائماً ، إذ لايعقل ، إلا فى أحوال استثنائية بحتة ، أن يعتقد شخص فى نفســه الثراء حالة كونه معدماً . ومع ذلك ففى النصوص ما يشـير إلى مثل لهذه الحالات الاستثنائية ، كما إذا كان لشخص أموال طائلة فى أقليم بعيد عن موطنه ثم هلكت هذه الأموال بقوة قاهرة ، فاذا جهل الشخص المذكور هذا الحادث وباشر تصرفاً من التصرفات المضرة بدائنيه ، فلا يمكن وصفه بسوء النية توصلاً لابطال هذا التصرف .

(٥) يجب أن يكون الغير الذى تعاقد مع المدين أو استفاد من تصرفه شريكا معه فى سوء النية (conscius fraudis) أى شاعرا بسوء حال المدين وبما يترتب على تصرفه من الأضرار بمصلحة الدائنين .

إلا أن الفقهاء يفرقون بين الذى استفاد بمقابل كالمشترى ، والذى استفاد بدون مقابل كالموهوب له . فيستلزمون فى الأول سوء النية ولا يستلزمونها فى الثانى بل تصح الدعوى عليه ولو لم يكن عالما بنتيجة التصرف الذى استفاد منه . وذلك لأن الأول كالمشترى مثلا يسعى كالدائن لدرء خسارة إذ يضار إذا ألزم برد الشىء المبيع إلى المدين ، ولذلك فلايجوز تضحية مصلحته لفائدة الدائنين إلا إذا كان سيئ النية . بخلاف الثانى كالموهوب له فانه يسعى لنوال مكسب ، ولا شك أن مصلحة الدائنين

أولى بالرعاية من مصلحته فتصح الدعوى عليه ولو لم يكن شريكا للمدين فى غشه أى ولو كان حسن النية .

وقد يحصل أن يتصرف من تعامل مع المدين فى المال الذى اكتسبه إلى شخص ثالث (sous-acquéreur) ، فيجوز رفع الدعوى عليه بشرط أن يكون سيئ النية أو مكتسباً بغير عوض ، وبشرط أن تكون الدعوى ذاتها مستوفاة شروطها بالنسبة لسلفه الذى اكتسب هذا المال قبله .

٢ — آثار الدعوى البولصية وطبيعتها

٤٠٢ — **خصائص الدعوى البولصية** : الدعوى البولصية من الدعاوى التحكمية ، فصيغتها تسمح للقاضى بتقدير ما يجب على المدعى عليه رده ، ولا ينتقل القاضى إلى الحكم بالتعويض إلا إذا لم يجب المدعى عليه دعوة القاضى إلى إرضاء المدعى .

ويختلف ما يحكم به على المدعى عليه باختلاف حالين : الأولى إذا رفعت على المدين أو من تعاقد معه وكان سيء النية . الثانية إذا رفعت على المتعاقد مع المدين وكان حسن النية ولا يكون ذلك إلا إذا كان التصرف قد صدر إليه بدون عوض .

ففى الحالة الأولى ، أى بالنسبة للمدين أو المتعاقد معه بسوء نية ، فانه يحكم على كل منهما بتعويض الضرر الذى لحق الدائنين وليس فقط بقدر اغتنائه ، فيحكم عليه مثلا ، علاوة على القيمة ، برد الثمرات أيضاً .

أما فى الحالة الثانية ، أى بالنسبة للمتعاقد مع المدين بحسن نية ، فلا يحكم عليه إلا بقدر اغتنائه فقط .

ويلاحظ بأن الدعوى البولصية لا يكون لها هذا الأثر فى الحالة الأولى إلا إذا رفعت فى مدة سنة من تاريخ التصرف ، بمعنى أنه إذا رفعت بعد ذلك فلا يترتب عليها الحكم بأكثر من مقدار ما استفاده المدعى عليه فعلا ، أى بقدر اغتنائه من التصرف .

هذا وقد اختلف الشراح فى تكييف طبيعة الدعوى البولصية فتساءلوا عما إذا كانت دعوى جنائية أو دعوى مدنية ، وعما إذا كانت دعوى شخصية أو دعوى عينية .

٤٠٣ — **هل هى دعوى جنائية أو مدنية** : بالرغم من اختلاف الشراح فى ذلك ، فالظاهر أنها كانت دعوى جنائية بدليل أنها مؤقتة بمدة سنة كدعوى الغش ودعوى الاكراه . غير أن هناك أحكاماً كثيرة تقرب هذه الدعوى من الدعاوى المدنية منها : (١) أنه لا يصح رفعها بطريق دعوى التخلى (action noxale) فيما إذا ارتكب الغش من شخص خاضع لسلطة غيره (٢) وأنه فى حالة تعدد الشركاء إذا حصل الدائن على رد الشىء من أحدهم سقط حقه قبل الآخرين (٣) وكذلك ليس فى النصوص ما يمنع الدائن من رفع الدعوى على ورثة الفاعل بقدر ما استفادوا من التصرف .

٤٠٤ — **هل هى دعوى شخصية أو عينية** : يرجع السبب فى اختلاف الشراح فى هذا الموضوع إلى وجود نص فى كتاب النظم لجوستنيان (Institutes 1,6,6) يقضى بأنه « إذا تصرف المدين فى شىء من ماله فيجوز للدائنين عند وضع أموال المدين المعسر تحت يدهم وبعد فسخ التصرف استرداد الشىء المتصرف فيه (peter rem) » فالجزء الأخير من النص يفيد استرداد الدائنين للشىء المتصرف فيه . لذلك استنتج الشراح الأقدمون وجود دعوى بولصية عينية تؤدى إلى استرداد الشىء المتصرف فيه عينا .

وينتقد أكثر الشراح المحدثين هذا التفسير بناء على أن الدعوى البولصية ناشئة عن جريمة والدعاوى الجنائية كلها شخصية فلا يمكن بحال أن تكون الدعوى البولصية دعوى عينية . وما يشير إليه ذلك النص إنما يرجع إلى أثر الدعوى العينية التى كانت تمنح فى العصر العلمى بعد فسخ التصرف بطريق إعادة الشىء إلى أصله (restitutio in integrum) . ولا يزال شراح القانون المدنى فى الوقت الحاضر يتناقشون فيما بينهم فى طبيعة الدعوى البولصية وهل هى عينية أم شخصية .

الفصل الثانى

فى أشباه الجرائم

(Les Obligations Quasi ex Delicto)

---

٤٠٥ — **مصدرها** : أشباه الجرائم محصورة فى القانون الرومانى وقد تقررت كلها فى منشور البريتور . فقد قرر الحكام القضائيون فى أوقات مختلفة العقاب على بعض أفعال ضارة تقع كلها عن خطأ أو إهمال من الفاعل ولا تتضمن نية الاضرار إلا فى حالة واحدة وهى تحيز القاضى .

٤٠٦ — **حالاتها** : أشباه الجرائم كما عددها (Gaius) وكما نقلها عنه جوستنيان أربعة :

١ — حالة القاضى الذى يخل بواجبه بأن يقصر فى القيام باجراء من الاجراءات فى الدعوى ويترتب على إهماله هذا ضرر لأحد الخصوم كأن يتخلف عن اليوم المحدد لنظر الدعوى فيترتب على ذلك هرب المدين ، أو يتحيز فى الحكم فيصدر حكما ظالما لمحاباة أحد الأخصام ويقال للقاضى فى هذه الحالة بأنه « جعل القضية قضيته » بمعنى أنه فصل فيها لا باعتباره قاضيا بل باعتباره صاحب مصلحة فى القضية . وكان القاضى فى هذه الحالة ملزما بمقتضى نصوص الألواح الاثنى عشر بتعويض الخسارة التى لحقت الطرف المظلوم وكان لهذا الأخير أن يقاضيه مكان خصمه وأن ينفذ على شخصه بدعوى إلقاء اليد (manus injectio) . وقد تعدلت هذه القواعد بفضل تدخل البريتور ، واكتفى فيها بغرامة بسيطة يحكم بها على القاضى

إذا تخلف أو قصر فى الاجراءات ، وبالزامه بقيمة الدعوى إن كان قد تسبب فى ضياعها .

٢ — حالة سقوط شىء من منزل على بعض المارة فى الطريق العام ولو نشأ ذلك عن إهمال بسيط من صاحب المنزل . وفى هذه الحالة يلزم صاحب المنزل بتعويض الضرر إذا أصاب شخصاً حراً بجرح وبغرامة قدرها ٥٠٠٠٠ سيسترس إن قتله وبضعف الضرر إن كان المصاب رقيقا أو حيوانا . ويلحق بهذه الحالة حالة ترك حيوان مفترس فى مكان معد لمرور الناس أو اجتماعهم .

٣ — تعليق متاع على جدران المنزل أو سطحه بصورة يخشى منها سقوطه على المارة . فمجرد احتمال وقوع الضرر بسقوط الشىء يكون جريمة يعاقب عليها القانون البريتورى . فيعطى لكل شخص الحق فى رفع دعوى جنائية على صاحب المنزل ويحكم فيها بغرامة قدرها ١٠٠٠٠ سيسترس .

٤ — مسئولية صاحب السفينة أو الفندق عن الجرائم أو السرقات التى يرتكبها مستخدموه أو عماله أثناء قيامهم بالعمل اضراراً بالمسافرين أو النازلين بالفندق . فترفع على كل منها دعوى السرقة أو دعوى الاضرار بحسب الأحوال بمقدار ضعف الضرر . أما أساس مسئوليته فهو اهمال فى اختيار عماله .

الفصل الثالث

فى العقود

(Les Contrats)

مقدمة عامة فى تاريخ العقود فى القانون الرومانى

٤٠٧ — قاعدة (ex nudo pacto actio non nascitur) : المبدأ العام فى الشرائع الحالية أن العقد ملزم للمتعاقدين بمجرد الاتفاق أو الرضا المتبادل . فالاتفاق والعقد بمعنى واحد . هذا هو ما نعبر عنه عادة بقولنا أن الاتفاق شريعة المتعاقدين وهو المبدأ المشهور بكفاية الارادة (l'autonomie de la volonté) أو حرية التعاقد (la liberté des conventions) .

أما فى القانون الرومانى فلم يكن الأمر كذلك لأن الاتفاق المجرد (nudum pactum) ، أى مجرد توافق إرادتين ، لم يكن ملزما لأحد من الطرفين ما لم يكن قد أفرغ فى عقد تحت إجراءاته الرسمية . فتنص الموسوعات (Digeste 2'14'7'4) على أنه « لا ينشأ عن الاتفاق المجرد أى التزام وإنما ينشأ عنه فقط دفع » أو بعبارة أخرى لا ينشأ عن الاتفاق المجرد أى دعوى .

٤٠٨ — الرسمية : (formalisme) ويرجع السبب فى هذه التفرقة بين الاتفاق والعقد إلى رسمية النظم القانونية فى العصور الأولى ، إذ أن الأحكام القانونية ، كما رأينا فى كل دراستنا السابقة سواء للأشخاص أو للأموال ، إنما كانت تنشأ عن الأوضاع الشكلية ذاتها لا من اتفاق الطرفين ، فكان لابد من قالب (forme) تصاغ

فيه الارادة حتى تنتج الأثر المطلوب .

٤٠٩ — **العقود الرسمية** : وقد كانت العقود محدودة العدد فى القديم لا تشمل كثيراً من أنواع الاتفاق الجارية فى المعاملات اليومية الحديثة كالرهن والوديعة وعارية الاستعمال وكانت العقود الرسمية محصورة فى ثلاثة : عقد الاستدانة المسمى (nexum) وهو عمل يتم بالنحاس والميزان كالاشهاد فى نقل الملكية ، والعقدالشفوى ، (contrat verbis) وصورته المهمة هى المشارطة (stipulatio) ، وهو يتم بسؤال من الدائن وجواب من المدين فى عبارة خاصة فالدائن يسأل مدينه « هل تعدنى بدفع مبلغ كذا ؟ » فيرد عليه « أعدك » ؟ (Spòndesne mihi (centum) dare? Spondeo) والعقد الكتابى (expensilatio) الذى يتم بكتابة الدين فى سجل الدائن المسمى (codex) .

٤١٠ — **مزايا الرسمية** : وقد كان النظام الرسمى متفقا مع الحالة القديمة لقلة المعاملات إذ كان التعاقد فى تلك العصور نادراً لا يلجأ اليه الناس إلا عند الحاجة القصوى ، وكان يعتبر حادثا خطيرا يستوجب العناية به والاحتفال بأمره مما يتفق مع الأشكال المطلوبة . وكان لهذا النظام فوائد كما كان له مضار .

فمن فوائده : (١) أنه يحمل المتعاقدين على التفكير والتروى قبل الاقدام على العقد . (٢) ويحدد الوقت الذى يتم فيه العقد على وجه الدقة أى الوقت الفاصل بين تمام العقد وبين المحادثات أو المفاوضات السابقة عليه . (٣) ويسهل عبء الدائن فى الاثبات ويحدد بوجه الدقة التزامات المدين أو مقدار دينه ، فلا يخشى تعسف القاضى .

ولكن لهذا النظام مضاره ففيه عرقلة للمعاملات لاشتراطه حضور الطرفين ولتقيده بنصوص العقد وألفاظه واهمال نية المتعاقدين ، وهو يجر فى كثير من الأحيان إلى بطلان العقد بسبب الشكل . فنظام الرسمية وإن كان مفيداً من حيث ضبط علاقات الأفراد بعضهم ببعض على وجه الدقة وبشكل لا يقبل التفسير إلا أنه لا يتفق والمعاملات التجارية .

٤١١ — **ظهور العقود غير الرسمية** : غير أن الحضارة الرومانية ما لبثت أن تطورت باتساع أرجاء الدولة الرومانية بطريق الفتح والغزو ، فكان من شأن ذلك أن كثر التبادل واتسعت التجارة والتجارة تستدعى السرعة وبساطة التعامل بين الحاضرين والغائبين . واقترن ذلك بتقدم فى التفكير القانونى ، مما أدى إلى التمييز بين الشكل فى العقد ، وإعطاء الارادة قسطا من الأثر القانونى . كذلك رؤى أنه ليس من العدالة أن يترك أحـد الطرفين لغش الطرف الآخر أو إكراهه على التعاقد . لذلك أنشئت منذ أواخر الجمهورية طرق للعقاب على الغش والاكراه فى العقود . وظهرت بجانب العقود الرسمية العقود العينية والرضائية والعقود غير المعينة وانتصر مبدأ سلطان الارادة انتصارا كاملا فى العقود الرضائية . وانتصر بعد ذلك فى عقود أخرى عرفت بالاتفاقات البريتورية والاتفاقات الشرعية .

٤١٢ — **عقد القرض أول عقد عيني** : فى القرن السادس لروما تحت تأثير التقدم الاقتصادى نشأ أول عقد غير رسمى تابع لقانون الشعوب . هذا العقد هو عقد القرض (mutum) أو عارية الاستهلاك (prêt de consommation) وهو تسليف نقود أو مثليات لاستهلاكها مع رد قيمتها أو مثلها . وقد كان المقترض غـير ملزم بالرد إلا إذا تعهد باحدى العقود الرسمية المتقدمة ثم اعتبر أن مجرد تسليم العين (res) أى النقود أو المثليات يجعله ملزما بالرد إلى المقترض فالالتزام إنما ينشأ من تسليم العين لا من الاتفاق ذاته ولذا سمى العقد المذكور بالعقد العينى (contrat réel).

وعقد القرض هـذا كالعقد الشفوى وكالعقد الكتابى ينشأ عنه التزام معين القيمة (certain) ومن طرف واحد (unilatérale) وهو المقترض وحـده ، ومن القانون الضيق (de droit strict) .

٤١٣ — **عقود حسن العينية والعقود الرضائية** : وفى نهاية القرن السادس أو بداية القرن السابع لروما (حوالى ١٥٠ سنة قبل الميلاد) تحت تأثير نفس العوامل الاقتصادية ، وتحت تأثير مبادىء الفلسفة الصوفية نشأت عقود جديدة مبنية على

حسن النيــة فى التعامل . هــذه العقود هى : (١) بعض عقود عينية أى تنعقد بتسليم العين موضع العقد ، وتشمل عقد الثقة أو الائتمان (fiducie) ، وعقد عارية الاستعمال (commodat) ، وعقد الوديعة (dépot) ، وعقد الرهن الحيازى (gage) (٢) بعض عقود يطلق عليهــا الآن العقود الرضائية (contrats consensuels) تنعقد بمجرد التراضى ، وهى أربعة : عقد البيع (emptio - venditio) ، وعقد الاجارة (locatio - conductio) . وعقد الشركة (societas) ، وعقد الوكالة . (mandatum)

وبذلك نشأ التقسيم الرباعى للعقود كما ذكره (Gaius) ونقله عنه جوســتنيان وهو تقسيم العقود إلى شفوية (verbis) وكتابية (litteris) وعينية (re) ورضائية . (consensu)

وتتميز العقود العينية ، ما عدا عقد القرض والعقود الرضــائية ، عن العقود الرسمية بأنها عقود تبادلية (synallagmatiques) ، بمعنى أنها ملزمة من الجانبين فــكل منهما دائن ومدين ، بينما العقود الرسمية فردية (unilatéraux) بمعنى أنه لا ينشأ عنها سوى التزامات على طرف واحد هو من تعهد بها . وتختلف كذلك عن العقود الرسمية فى أنها من عقود حسن النية (contrats de bonne foi) ، أى أن للقاضى عند الفصل فيها حرية التقدير ، فهو يفسر التزاماتها بمــا يقتضيه حسن النية والشرف فى المعاملات ، وبما يقصده الطرفان من التعاقد بدلاً من أن يكون مقيداً بالــكلمات أو العبارات التى قيلت أو كتبت فى العقد ، كما هو الحال فى العقود الرسمية التى يطلق عليها اسم عقود القانون الضيق (conrtats de droil strict) ، أو عقود حرفية التنفيذ .

٤١٤ — **الاتفاقات البريتوريــة** : وفى نفس الوقت الذى قرر فيه القانون المدنى عقوداً مبناها حسن النية وبعضهــا ينعقد بمجرد التراضى ، عمل البريتور من جانبه على تضييق تطبيق المبــدأ القديم القائل بأنه لا ينشأ عن الاتفاق المجرد أى التزام ، فمن جهة كان يشــل بطريق الدفع (exception) الدعوى التى يرفعها

المدعى خلافاً للاتفاق المجرد ، ومن جهة أخرى كان يمنح من جانبه دعاوى بريتورية للمطالبة بتنفيذ بعض الاتفاقات (pactes) المنشـئة لالتزامات من طرف واحد ، وينال لها الاتفاقات البريتورية (pactes prétoriens) ، وهى اتفاق القسم (pacte de serment) ، واتفاق تأجيـل الدين (pacte de constitut) ، والاتفاق على دفع دين الغير (receptum) .

٤١٥ — **العقود اللاسمية أو غير المعينة** : كذلك أقرّ القانون فى عصر الامبراطورية بعض اتفاقات تبادلية لا تدخل تحت أى نوع من الاتفاقات التبادلية السابق ذكرها والتى لهـا اسم معلوم (nomen) ، ولذلك سميت بالعقود اللاسمية (contrats innommés) ، وهى عبـارة عن اتفاقات تبادلية لا تصبح ملزمة للطرفين إلا إذا قام أحدهما بتنفيذ التزامه مثل عقد البدل .

٤١٦ — **الاتفاقات الامبراطورية أو الشرعية** : وأخـيراً وفى العصر البيزنطى عمل الأباطرة من جانبهم ، وتحت تأثير التعـاليم اليونانية ، على هدم القاعدة القديمة ، فأيدوا بقوانين منهم — وهم المصدر الأول للتشريع فى هـذا العصر — بعض اتفاقات عرفت بالاتفاقات الشرعية (pactes légitimes) ، وهى الهبة ، واتفاق المهر ، واتفاق التحكيم إذا كان مؤيداً باليمين أو الـكتابة .

خلاصة : وفيما عدا ما تقدم أى فى غير العقود الرضائية والاتفاقات البريتورية أو الشرعية ، بقيت القاعدة الأصلية ، وهى أن الدعوى لا تنشأ من مجرد الاتفاق ، معمولاً بها حتى فى عهد جوستنيان ، حيث بقى الاتفاق المجرد غير ملزم فى بعض حالات إلا إذا أفرغ فى صورة عقد رسمى ، أى فى صورة اشتراط (stipulatio) ، ومن هذه الحالات ما يأتى :

١ — الاتفاق على الفوائد .

٢ - الوعد بالبيع (promesse de vente) .

٣ — الوعد بالقرض أو ما نسميه أيضاً فتح اعتماد (ouverture de crédit) .

٤ — الاتفاقات التبادلية التى تصبح بتنفيذ أحد الطرفين من العقود اللاسمية وذلك قبل التنفيذ من أحد الطرفين ، مثل الاتفاق على البدل فهو غير ملزم بنفسه لأى من الطرفين إذا لم يقم أحدهما بتسليم ما التزم بنقل ملكيته إلى الآخر .

٥ — الاتفاق على التحكيم إذا لم يؤيد باليمين أو الكتابة .

٤١٧ — **تقسيمات العقود** : كانت العقود فى العصر العلمى تنقسم من عدة وجوه إلى عقود رسمية وعقود غير رسمية ، وإلى عقود تابعة للقانون المدنى وعقود تابعة لقانون الشعوب ، وإلى عقود فردية وعقود تبادلية ، وأخيراً إلى عقود حسن النية وعقود القانون الضيق

١ — *التقسيم الأول للعقود الى رسمية وغير رسمية* : العقود الرسمية إثنان : العقد الشفوى (stipulatio) والعقد الكتابى (expensilatio) ، وكلاهما عقد مجرد (acte abstrait) أى لا يبين سببه . فالاشتراط على الخصوص يمكن استخدامه لتحقيق كل أنواع الاتفاقات المختلفة فهو بمثابة قالب لافراغ العقود . فكما يمكن استخدامه لتحقيق عقد من عقود التبرع كهبة أو دوته ، يمكن استخدامه أيضاً لتحقيق عقد من عقود المعاوضة كبيع أو قرض ربوى . وما عداهما من العقود يخلو من الأوضاع الشكلية ولا يستخدم إلا لتحقيق غرض معين لا يتغير ، فعقد البيع مثلا يقصد به دائما إكتساب ملكية شىء من الأشياء فى مقابل ثمن .

٢ — *التقسيم الثانى الى عقود تابعة للقانون المدنى وعقود تابعة لقانون الشعوب* :

فمادة الالتزامات على العكس من مادة الأشخاص أو الأشياء ترجع جل أحكامها إلى قانون الشعوب إذ هى مادة المعاملات . لذلك كانت العقود التابعة للقانون المدنى والقاصرة على جماعة الرومان محدودة العدد وقاصرة على العقد الكتابى وعلى العقد الشفوى فى صورته الأولى (sponsio) ، أما بقية العقود الأخرى وهى عقد الاشتراط (stipulatio) والعقود غير الرسمية فكانت جائزة فيما بين الرومان وغيرهم ، إذ ظهرت كلها فى قانون الشعوب .

٣ — *التقسيم الثالث للعقود الى فردية وتبادلية* : فالعقد الفردى (contrat

unilatéral) أو الملزم لجانب واحد هو العقد الذى لاينشىء التزامات إلا فى جانب واحد . فيكون أحد طرفى العقد دائنا غير مدين ، والطرف الثانى مدينا غير دائن . مثل ذلك عقد القرض ، يلتزم فيه المقترض برد المثل دون أن يلتزم المقرض بشىء ما . والعقد التبادلى (contrat bilatéral, synallagmatique) أو الملزم للجانبين هو الذى ينشىء التزامات متقابلة فى ذمة كل من المتعاقدين ، فكل منهما دائن ومدين للآخر . مثل ذلك عقد البيع فالبائع يلتزم نحو المشترى بنقل ملكية المبيع ويلتزم المشترى نحو البائع بدفع الثمن ، وفى عقد الاجارة يلتزم المؤجر نحو المستأجر بتسليم العين ويلتزم المستأجر نحو المؤجر بدفع الأجرة .

وقد قسم القانون الرومانى العقود التبادلية إلى قسمين ، تبادلية كاملة (contrats synallagmatiques parfaits) وتبادلية ناقصة (con. syn. impa-rfaits) . فالعقد التبادلى الكامل هو الذى ينشىء ، منذ تكوينه ، التزامات متقابلة فى ذمة كل من المتعاقدين مثل عقد البيع والاجارة كما تقدم . أما العقد التبادلى الناقص فهو عقد ملزم فى الأصل لجانب واحد ، ولكن الجانب الآخر يلتزم بعد نشوء العقد مثل عقد الوديعة فهو لا يلزم فى الأصل سوى الوديع الذى يلتزم بالمحافظة على الوديعة وردها إلى المودع عند طلبه . ولكن قد يلتزم المودع فيما بعد بتعويض ما أصاب حافظ الوديعة من الضرر بسبب الشىء المودع أو بردالمصروفات الضرورية التى أنفقت فى حفظ الشىء من الهلاك .

ويلاحظ بأن المشرع الفرنسي لم ينقل بحق هذا التقسيم للعقود التبادلية لأن مايسمى بالعقد التبادلى الناقص حقيقته عقد ملزم لجانب واحد ، وما عسى أن ينشأ من الالتزامات بعد ذلك فى جانب الدائن لم ينشأ من العقد ، بل هى التزامات مصدرها سبب آخر خارج عنه : فاما العمل الضار فى حالة التعويض عن الضرر أو الاثراء بلا سبب فى حالة رد المصروفات الضرورية .

غير أن هذا التقسيم كان مفهوما فى القانون الرومانى ، لأن العقود الملزمة للجانبين وحدها هى التى كانت تعتبر من عقود حسن النية (contrats de bonne foi)

أما العقود الملزمة لجانب واحد فكانت تعتبر عقوداً حرفية التنفيذ (contrats de droit strict) فكان من المفيد أن توصف العقود الملزمة لجانب واحد بأنها عقود ملزمة للجانبين ولو على نحو غير تام ، حتى يتيسر إدخال حسن النية فى تنفيذها . ولكن هذه الفكرة الرومانية لم تعد قائمة فى القانون الحديث ، إذ أصبحت كل العقود ، سواء كانت ملزمة للجانبين أو ملزمة لجانب واحد ، من عقود حسن النية يجب أن يتوافر حسن النية فى تنفيذها .

٤ — *التقسيم الرابع للعقود الى عقود حسن النية وعقود القانون الضيق* : سبق أيضاً الاشارة إلى هذا التقسيم . وعقود القانون الضيق لا تشمل سوى العقود الرسمية (العقد الشفوى والعقد الكتابى) وعقد القرض أو عارية الاستهلاك (mutuum) وما عداها من العقود فمن عقود حسن النية .

برنامج دراستنا للعقود : وسنكتفى فى باب العقود بدراسة الأحكام العامة للعقود ثم نقصر كلامنا على أحكام عقد البيع لكونه أهم العقود فى المعاملات .

النظرية العامة للعقود

أو القواعد العامة للعقود

يحسن بنا قبل دراسة العقود المختلفة أن ندرس القواعد العامة التى تطبق عليها جميعاً . ويقسمها الشراح عادة إلى قسمين قسم الأركان أو العناصر الجوهرية التى يجب توافرها فى كل عقد بحيث لا يكون العقد صحيحاً إذا فقد واحداً منها وقسم العناصر العرضية التى توجد فى العقد أو لا توجد ولكن لا يؤثر وجودها على صحة العقد .

وسنبدأ بدراسة العناصر الجوهرية ويحصرها القانون المدنى فى أربعة :

١ — الرضا (consentement) .

٢ — الأهلية (capacité) .

٣ — محل يقوم عليه الاتفاق (objet) .

٤ — سبب شرعى للاتفاق (cause) .

أما فى القانون الرومانى فالشروط اللازمة لانعقاد العقد ولصحته ثلاثة : الرضا والأهلية والموضوع . أما السبب فلا يعتبر كقاعدة عامة شرطاً لصحة العقد وسندرس هذه الأركان تباعا مخصصين لكل منها بحثا مستقلا بذاته .

§ ١ — الرضا (Le consentement)

٤١٨ — *تمهيد* : قسمنا فيما تقدم العقود باعتبار مصادرها إلى عقود عينية وشفوية وكتابية ورضائية . ولم يظهر لنا الرضاء كافيا لانعقاد العقد إلا فى العقود الرضائية . على أنه إذا تميزت العقود الرضائية عن العقود الأخرى من هذه الوجهة فانها تتحد معها من حيث اعتبار الاتفاق أو التراضى شرطا أساسيا فيها سوا ما كان منها تبادليا أو من طرف واحد . فاذا انعدم الرضا أو الاتفاق فلا عقد

والاتفاق يستلزم رضا طرفى العقد ، فاعلان الارادة من طرف واحد (pollicitatio) لا ينشأ عنه كقاعدة عامة أى التزام .

على أن هناك استثناءات ثلاثة نص عليها القانون الرومانى واعتبر فيها الارادة الفردية (volonté unilatérale) ملزمة لصاحبها بمجرد إعلانها وهى (١) النذر الصادر إلى أحد الألهة (votum) (٢) الهبة الصادرة إلى إحدى المدن (pollicitatio) (٣) الاعلان عن جائزة لمن يعثر على عبد هارب (indicium) .

فالايجاب الصادر من أحد الطرفين فى غير الحالات الاستثنائية المتقدمة لا يلزم صاحبه ولهذا الأخير العدول عنه حتى صدور القبول من الطرف الآخر .

وقد يكون العقد ، فيما عدا عقد الاشتراط ، بين اثنين كل منهما فى بلد والواسطة بينهما رسول (nuntius) أو الكتابة (per epistulam) ، وهنا يسأل عن وقت تمام العقد ، هل هو وقت صدور القبول من الطرف الثانى أو وقت وصول هذا القبول إلى الطرف الموجب ؟

لا يوجد فى النصوص ما يساعد على الجزم برأى فى هذا الموضوع . ولذلك اختلف الشراح فيما بينهم وذهبوا فى ذلك مذاهب ثلاثة : فالفريق الأول يرى بأن العقد يتم منذ الوقت الذى أعلن فيه الطرف الآخر قبوله ، ويقال لهذا المذهب بمذهب إعلان القبول (système de la déclaration) . ويرى الفريق الثانى بأن مجرد إعلان القبول لا يكفى بل لابد من وصول هذا القبول إلى الموجب ، بمعنى أن للموجب حتى هذا الوقت العدول عن إيجابه وللقابل العدول عن قبوله ويقال لهذا المذهب بمذهب وصول القبول (système de la réception) . وهناك رأى ثالث يذهب إلى أبعد من هذا فلا يكتفى بوصول القبول إلى الموجب ، بل يوجب علم الموجب بهذا القبول بالفعل ، ويقال لهذا المذهب بمذهب العلم بالقبول (système de la connaissance)

٤١٩ — **الصفات الضرورية للرضا** : ويشترط فى الرضا حتى ينتج أثره الصفات الآتية :

١ — أن يكون حقيقياً أو جديا (sérieux) ، أى غير صادر على سبيل الهزل ، (jocandi causa) وإلا كان العقد باطلا .

٢ — أن لا يكون صورياً (simulé) ، بأن يقصد به عقد آخر غير العقد الظاهر الذى اتفق عليه العاقدان . مثال ذلك الهبة المستترة فى صورة عقد بيع ، فالبيع وهو العقد الظاهر لا يصح إلا إذا توافرت جميع الشروط الخاصة بالعقد المستتر أى الهبة .

٣ — أن لا يكون صادراً عن خطأ أو تحت تأثير الغش أو الاكراه أو مشوبا بغبن .

ويعتبر الغلط والغش والاكراه والغبن فى أغلب الأحيان فى القانون الحاضر من العيوب المفسدة للرضا التى تؤدى إلى بطلان العقد بطلانا نسبيا . بخلاف الحال فى القانون الرومانى حيث تعتبر مانعة من الرضا وبالتالى من العقد ، فهى تؤدى إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا فى جميع الأحوال . وسندرس كلا من هذه العيوب على حدة .

٤٢٠ — **الغلط** (L'erreur) : الغلط هو الاعتقاد خطأ فى وجود أمر غير موجود فى الواقع . والغلط الذى يعدم الرضا هو الذى يقع فى ثلاثة أمور :

١ — فى طبيعة العقد (error in negotio) ، كأن ينقد شخص آخر مبلغاً على سبيل القرض فيأخذه الآخر معتقداً أنه هبة .

٢ — فى شخص المتعاقد معه (error in persona) ، بأن اعتقد أحد الطرفين أنه تعاقد مع شخص معين مع أنه تعاقد مع غيره . أما الغلط فى صفات المتعاقد معه فلا تؤثر على الرضا ، وبالتالى لا تمنع من صحة العقد ، كأن يتعاقد شخص مع آخر على أنه حر فاذا به عبد .

٣ — فى ذاتية الشىء موضوع العقد (error in corpore) كما إذا اعتقد المشترى أنه يشترى منزلا معينا بينما البائع يتعاقد معه على منزل آخر .

أما الغلط فى صفات الشىء فلا يؤثر على صحة العقد فى عقود القانون الضيق . أما إذا كان العقد من عقود حسن النية وبالأخص فى عقد البيع فان الخطأ فى جوهر

الشيء (erreur sur la substance) يعدم الرضا ويمنع من انعقاد العقد . والمقصود بالجوهر هنا المادة (matière) التي يتكون منها الشيء . فمثال الغلط في الجوهر أن يشتري شخص آنية على أنها من ذهب فاذا بها من نحاس أو من فضة مذهبة أو أن يشتري زجاجات من النبيذ يظهر له فيما بعد أنها خل أو يشتري رقيقا ذكراً ثم يتضح أنه أنثى الخ . أما الغلط في الصفات التي لا ترجع إلى جوهر الشيء فانه لا يؤثر على صحة الرضاء ، مثال ذلك شخص يشتري آنية معتقداً أنها من ذهب خالص فاذا بها من ذهب ردئ .

٤٢١ — **الإكراه** (metus) : هو غصب الملتزم على التعاقد بالارهاب . ولا يمنع الارهاب من أن يكون لمن تعاقد تحت تأثيره إرادة وإن كان هو الموجب لها ، ولذلك فلا يترتب عليه بحال من الأحوال عدم قيام العقد لعدم الرضا . غير أنه يلاحظ بأن الوسائل التي قررها البريتور للعقاب على الاكراه التي سبق درسها في باب الجرائم تمكن المكره في الواقع من فسخ العقد ، سواء بدفع دعوى الدائن عند مطالبته بتنفيذ العقد بدفع الاكراه (exceptio metus) ، أو باستعماله دعوى الاكراه (actio metus) وهي كما رأينا دعوى تحكمية بأربعة أمثال القيمة وتؤدي في أغلب الأحيان إلى فسخ التصرف إذ يفضل المدعى عليه دائما تنفيذ أمر القاضي برد ما يكون قد حصل عليه كرها حتى يتفادى بذلك الحكم عليه بأربعة أمثال الضرر ، أو بطلب اعادة الشيء إلى أصله (restiutio in integrum ob metum)

ولا فارق فيما تقدم بين عقود القانون الضيق وعقود حسن النية . غير أن هناك أحكاما خاصة بعقود حسن النية . فيجوز فيها لمن تعاقد تحت تأثير الاكراه أن يمتنع عن تنفيذها بدون حاجة إلى طلب ادماج الدفع بالاكراه في صيغة (formule) الدعوى المرفوعة عليه ، إذ يعتبر هذا الدفع ضمنياً دائما في عقود حسن النية . ويجوز له الطعن في العقد بسبب الاكراه بنفس الدعوى الناشئة عنه ، وهي تفضل دعوى الاكراه في أنها غير مؤقتة فهي لا تسقط بمضي سنة كدعوى الاكراه كما أنه يجوز رفعها ضد ورثة المكره أو من استفاد من الاكراه .

٤٢٢ — **الغش أو التدليس** (dolus) : هو ايهام شخص بأمر غير مطابق للواقع وحمله بذلك على التعاقد . ويؤدى الغش إلى إيقاع من صدر ضده فى الغلط . فاذا كان الغلط الذى وقع فيه راجعاً إلى طبيعة العقد أو إلى شخص المتعاقد معه أو إلى موضوع العقد ذاته كان العقد منعدما (inexistant) بسبب الغلط كما تقدم . أما إذا كان الغلط فى غير ما تقدم كما إذا حصل الغش فى نوع الشىء أو فى قيمته فانه لا يعدم الرضا وبالتالى لا يمنع من انعقاد العقد ، بل إنه ظل عديم الأثر على العقد حتى أواخر عهد الجمهورية حيث اعتبر الغش جريمة من الجرائم البريتورية . ويعزى إنشاء صيغة دعوى الغش إلى البريتور (Aquilius Gallus) فى سنة ٦٦ قبل الميلاد .

وقد قرر البريتور للعقاب عليها ، كما رأينا ، وسائل ثلاث : دفع الغش (exceptio doli) ، ودعوى الغش ، وإعادة الشىء إلى أصله (in integrum restitutio ob dolum) . وتؤدى هذه الوسائل ، كما فى حالة الاكراه ، إلى فسخ العقد الذى تم تحت تأثير الغش ، وهذا مع تمييز بين العقود التابعة للقانون الضيق وعقود حسن النية .

فللدائن ، فى عقود القانون الضيق ، استخدام دعوى الغش للوصول إلى إبطال التصرف ، إذ هى دعوى تحكمية وتجر معها إلصاق الوصمة بالمحكوم عليه .

أما المدين الذى التزم تحت تأثير الغش فله استخدام الدفع بالغش للرد على دعوى الدائن المرفوعة عليه ولكن ليس له استعمال دعوى الغش ، إذ هى كما بينا دعوى احتياطية (action subsidiaire) لا يجوز استعمالها إلا إذا لم يتمكن من وقع فى الغش من الحصول على تعويض الضرر بطريق آخر .

أما فى عقود حسن النية فليس لمن تعاقد عليها تحت تأثير الغش استعمال دعوى الغش بحال من الأحوال بناء على صفتها الاحتياطية المتقدمة ، وإنما له الخيار بين أحد أمرين : إما انتظار مطالبة الآخر له بتنفيذ العقد والتمسك قبله بالغش الذى صدر منه وهذا بدون حاجة إلى طلب إدماج دفع الغش فى صيغة الدعوى بل يكفى

أن يبين ظروف العقد للقاضى عند نظره القضية ، وإما رفع الدعوى التى له بمقتضى العقد لمطالبة الطرف الآخر بتعويض الضرر الناشىء عن غشه ، وهى وإن لم تكن كدعوى الغش دعوى تحكمية إلا أنها تفضل عنها من حيث أنها دائمة فلا تسقط بمضى سنة كدعوى الغش ومن حيث إمكان رفعها على ورثة الطرف الآخر الذى صدر منه الغش .

٤٢٣ — **الغبن** (La lésion) : هو الضرر الكبير الذى يلحق أحد المتعاقدين لعدم التناسب بين ما أعطاه للطرف الآخر فى العقد وبين ما أخذه منه . والأصل أن الغبن مهما كان فاحشا لا يؤثر على الرضا وبالتالى على صحة العقد . لأن الرجل العاقل ذا الأهلية يتحمل نتائج تصرفه ، وليس له حق فى الشكوى من عمل نفسه .

ويستثنى من ذلك الغبن ضد منفعة القاصر عن ٢٥ سنة ، فقد سمح له البريتور طلب فسخ التصرف وإعادة الشىء إلى أصله (restitutio in integrum) إذا لحقه غبن ولو لم يكن ناشئا عن غش من الطرف الآخر .

كذلك يجوز للبائع أن يطلب فسخ البيع واسترداد المبيع إذا زاد الغبن عن نصف قيمة المبيع الحقيقية إلا إذا قبل المشترى تكملة الثمن .

§ ٢ — الأهلية (La capacité)

يشترط لصحة العقد أن يكون كل من الدائن والمدين أهلا لمباشرة التصرفات القانونية . وقد سبق أن درسنا الأهلية بصفة عامة فى الكتاب الأول عند الكلام على الأشخاص .

ولذلك نكتفى بتلخيص المبادىء السابق شرحها فى جدولين أحدهما خاص بالأشخاص الذين لا يمكنهم مباشرة عقد من العقود باعتبارهم دائنين والآخر خاص بالأشخاص الذين لا يمكنهم مباشرة عقد من العقود باعتبارهم مدينين

٤٢٤ — فلا يمكنه أن يصير دائنا :

١ — الطفل (infans) والمجنون (furiosus) لعدم تمييز كل منهما .

٢ — الأجنبي (pérégrin) فيما يتعلق بعقود القانون المدنى وهى العقد الكتابى (expensilatio) والعقد الشفوى فى صورته الأولى القاصرة على جماعة الرومان (sponsio) ما لم يمنح حق التعامل .

٣ — العبد فانه لا يصير دائنا إلا طبقا للقانون الطبيعى (jure naturali) .

٤٢٥ — ولا يمكنه أن يصير مدينا :

١ — من لا يتمتع بالأهلية الفعلية كالصبى والمجنون والسفيه .

٢ — البنت الخاضعة لسلطة أبيها (filia fimilias) حتى العصر البيزنطى .

٣ — ابن الأسرة الخاضع لسلطة أبيه (filius familias) حتى نهاية الجمهورية وبقى عديم الأهلية فيما يتعلق بعقد القرض (mutuum) طبقاً للقانون (Senatus - consulte Macédonien) .

٤ — الأجنبى فى العقود التابعة للقانون المدنى ، كالعقد الكتابى والعقد الشفوى فى صورته القديمة (sponsio) .

٥ — العبد ، فانه لا يلتزم إلا طبيعياً فقط (jure naturali) .

§ ٣ — الموضوع (L'objet)

وهو الأمر الذى يتعهد المدين بالوفاء به لمصلحة الدائن . وقد يكون نقل ملكية شىء أو إنشاء حق عينى وهو ما يعبر عنه باعطاء شىء (dare) مثل موضع التزام المشترى بدفع الثمن والمستأجر بدفع الأجرة ، أو القيام بعمل معين (facere) مثل موضوع التزام المؤجر بتسليم الشىء المؤجر ، ومن هـذا أيضاً التزام البائع بنقل وضع اليد (praestare) أو الامتناع عن عمل (non facere) .

٤٢٦ — الشروط اللازم توافرها فى الموضوع : ويجب أن يحتوى الموضوع على صفات لا يوجد عقد بدونها وهى :

(١) أن يكون معينا ، فلا قيمة لتعهد شخص بأن يبيع لآخر قمحاً دون تعيين المقدار . على أنه قد يكون موجوداً حين العقد أو مما يوجد فى الاستقبال . من هذا نشأ تقسيم العقود إلى عقود محققة (contrats commutatifs) وعقود احتمالية (contrats aléatoires) .

(٢) أن يكون أمرا مشروعا (licite) بأن لا يكون مخالفا للقانون أو للآداب فالتعهد بارتكاب جريمة أو بيع حق الميراث فى تركة قبل وفاة صاحبها باطلان لمخالفة موضوع الأول للقانون والثانى للآداب ، إذ يتضمن التصرف الأخير الرغبة فى تعجيل وفاة المورث (mortis votum) ، على أنه قد أبيح مثل هذا التعاقد فى قانون جوستنيان إذا رضى به المورث .

(٣) أن يكون أمرا ممكنا (possible) طبيعة وقانونا . فلا يصح التعهد بأمر مستحيل ماديا كبيع رقيق مات أو قانونا كبيع رجل حر أو شىء دينى .

(٤) أن يكون فيه مصلحة للدائن (intérêt) ، فاذا انعدمت المصلحة فلا التزام . كمن يشترى ملكه ، من هذا أيضا أن يترك تقدير الثمن الى المشترى فى عقد البيع أو تقدير الأجره إلى المستأجر فى عقد الاجارة لأن مثل هذا الشرط قد يؤدى إلى انعدام مصلحة البائع أو المؤجر . ويشترط فى المصلحة أن تكون حقيقية (sérieux) ومالية (pécuniaire) أى يمكن تقويمها بمال . فلا تكفى المصلحة الأدبية ، كأن يتعهد شخص لآخر بتحسين سلوكه . إلا أن الشراح فى العصر الأخير من الامبراطورية يميلون إلى اعتبار المصلحة الأدبية كافية للالتزام فى عقود حسن النية . كما إذا وكل عبد شخصاً فى أن يشتريه من سيده ليحرره بعد ذلك . فاذا نفذ الوكيل الجزء الأول من الوكالة وهو الشراء دون الجزء الثانى وهو تحرير العبد ، فقد أباح شراح هذا العصر للسيد بالرغم من انقطاع صلته بالعبد بعد الشراء رفع دعوى الوكالة

المباشرة (actio mandati directa) على المشترى ومطالبته بتحرير العبد اكتفاء بعاطفة المحبة أو الحنان على العبد .

(٥) ويرتبط بالقاعدة المتقدمة قاعدة أخرى هى أن يكون موضوع التعهد أمراً يقوم به المدين للدائن لا لغيره ، ويقوم به المدين نفسه لا غيره . وذلك لأن العقد رابطة شخصية بين المتعاقدين ، فلا يصح أن يلحق أثره غيرهم . فاذا اشترط الدائن أمراً من الأمور لمصلحة غيره (stipulation pour autrui) أو تعهد المدين بأن يقوم به غيره (promesse pour autrui) كان هذا الاشتراط لمصلحة الغير أو التعهد عن الغير باطلا ، ولا يمكن لأحد أن يطالب بتنفيذه .

٤٢٧ — **الاشتراط لمصلحة الغير** (stipulation pour autrui) : الأصل أن الدائن يشترط التعهد لمصلحته ، فاذا اشترطه لغيره كان التعهد باطلا بالنسبة له لانتفاء المصلحة ، وحيث لا مصلحة فلا دعوى . كما وأن الغير الذى اشترط التعهد لمصلحته لا يمكنه مطالبة المدين بالوفاء لأنه لم يكن طرفا فى العقد . وقد نص فى مجموعة القوانين لجوستنيان (Code 4, 50, 6) فى هذا الصدد ما يأتى : « حيث أنك لا تريد أن تمتلك لنفسك فانك لا تستطيع أن تملّك غيرك » على أن للقاعدة المتقدمة استثناءات بعضها خاص بالمشترط (stipulant) ، وبعضها خاص بالغير الحاصل لمصلحته الاشتراط أى المنتفع (tiers bénéficiaire) .

٤٢٨ — (ا) **بالنسبة للمشترط** : فيصح التعهد لمصلحة الغير ويحق للمشترط (stipulant) مطالبة المتعهد بتنفيذه متى كانت له مصلحة شخصيه فى ذلك كما فى الأحوال الآتية :

(١) حالة اشتراط جزاء (stipulatio poenae) . فلاجبار المتعهد على الوفاء للغير المنتفع ، يشترط الدائن (stipulant) على المتعهد (promettant) أن يدفع مبلغاً من النقود على سبيل الجزاء (peine) فى حالة عدم وفائه بالتعهد لمصلحة الغير .

مثال ذلك اتفق ا مع ب على أن يعطى ب إلى ج مبلغ ١٠٠ جنيه وأنه إذا لم يقم بتعهده هذا يدفع إلى ا مبلغ ٢٠٠ جنيه .

إنما يلاحظ أن الشرط الجزائى لا يصحح التعهد لمصلحة الغير وإنما يؤدى فعلا إلى تنفيذه إذ من مصلحة المتعهد الوفاء إلى الغير لتفادى الحكم عليه بالشرط الجزائى وهو عادة أثقل حملا من التعهد الأصلى .

٢ — حالة ما إذا اشترط الدائن على مدينه الوفاء إليه أو الغير ، ويقال للغير هنا بالدائن الثانوى (adstipulator) أو (créancier accessoire) ووظيفته قبض الدين ومطالبة المدين بالوفاء

٣ — قد تظهر أيضاً هذه المصلحة الشخصية للمشترط فى المثل الآتى : إذا كان لقاصر وصيان ، ثم انقطع أحدهما عن الادارة ولكنه اشترط على الوصى الآخر التعهد بالمحافظة على سلامة أموال القاصر ، فمثل هذا التعهد صحيح لأن للوصى المشترط . بالرغم من أن الاشتراط فى مصلحة القاصر ، مصلحة شخصية فى تنفيذ التعهد ، إذ هو مسئول بطريق التضامن مع شريكه فى الوصاية عن إدارة أموال القاصر .

٤٢٩ — (ب) **بالنسبة للغير الحاصل الاشتراط لمصلحته** : الأصل أن التعهد لمصلحة الغير باطل فلا يحق للغير المنتفع المطالبة بتنفيذه لعدم وجوده طرفا فى العقد . إلا أنه وجد لهذه القاعدة استثناءات عديدة فى عصر جوستنيان يمكن حصرها فيما يأتى :

١ — كانت التعهدات المضافة إلى ما بعد الموت (post mortem) باطلة فى القانون القديم . إلا أنه أجيز منذ العصر العلمى اشتراط الدائن حصول الوفاء له ولوارثه (pour soi et pour son héritier) ، فللوارث ولو لم يكن طرفا فى العقد المطالبة بالوفاء بعد وفاة مورثه . كذلك أجاز جوستنيان نوعين آخرين من الاشتراطات المضافة إلى مابعد الموت . وهى اشتراط الدائن حصول الوفاء فى اليوم السابق على الوفاة ، واشتراطه حصول الوفاء لوارثه بعد الوفاة . فللوارث مطالبة المدين فى المثلين المتقدمين ولو لم يكن طرفا فى العقد . وقد استخدمت الاشتراطات المتقدمة فى عقود التأمين على الحياة .

٢ — إذا وهب شخص إلى آخر شيئاً على أن يرده إلى ثالث عند وفاته أو بعد زمن معلوم ، فللغير وهو المنتفع الثانى أن يطالب الموهوب إليه أو ورثته الوفاء بالتعهد المذكور ولو لم يكن طرفا فى العقد .

٣ — إذا أودع الوديع الوديعة إلى شخص آخر على أن يسلمها إلى المالك عند طلبه ، كان للمالك مطالبة الوديع الثانى مباشرة ولو لم يكن طرفا فى عقد الوديعة الثانى . كذلك إذا أودع المستعير الشىء المعار عند شخص ثالث على أن يرده إلى مالكه ، كان لهذا الأخير مطالبة المودع لديه برد الشىء المعار ولو لم يكن طرفا فى العقد .

٤ — اشتراط التعاقد لمصلحة الغير فى عقد المهر ، بأن يشترط شخص على آخر أن يعطى مهرا لشخص ثالث ، فللمنتفع مطالبة المتعهد بالمهر .

٥ — إذا باع الدائن المرتهن رهنا حيازيا العين لاستيفاء دينه منها ، واشترط على المشترى رد العين إلى الراهن إذا رد هذا الثمن إليه ، فللراهن أن يستفيد من هذا الشرط ومطالبة المشترى برد العين إليه متى رد اليه الثمن .

٤٣٠ — **التعهد عن الغير** (promesse pour autrui) : من البديهى أن الانسان يتعاقد عن نفسه وليس له أن يتعاقد عن غيره إلا برضاء ذلك الغير أعنى بطريق الوكالة ، فاذا تعهد شخص عن غيره كان هذا التعهد باطلا سواء بالنسبة للمتعهد نفسه (promettant) إذ لم يلتزم شخصيا فى العقد ، أو بالنسبة للغير (tiers) الحاصل التعهد عنه لكونه أجنبيا عن العقد .

٤٣١ — **استثناءات من القاعدة المتقدمة** : غير أنه وجد لهذه القاعدة استثناءات كما فى الاشتراط لمصلحة الغير

(ا) **بالنسبة للمتعهد نفسه** : إذا تعهد المدين بحمل الغير على القيام بالالتزام كان هذا التعهد صحيحاً فعلا لتضمنه فعلا شخصياً من جانب المتعهد ، وهو الحصول على رضاء الغير بالتعهد . ويقال لهذا الاتفاق بعقد الاستيثاق (promesse de porie-fort ، وللدائن فى الصورة المتقدمة دعوى مباشرة بالتعويض قبل المتعهد فى حالة عدم قيام الغير بالوفاء .

٢ — كذلك يصبح ملزماً شخصياً إذا التزم بدفع مبلغ من النقود على سبيل الجزاء في حالة عدم قيام الغير بالوفاء (promissio poenae) . فللمشترط (stipulant) مطالبة المتعهد (promettant) بالشرط الجزائي إذا لم يقم بالوفاء بالتعهد .

(ب) **بالنسبة للغير الحاصل التعهد عنه** : وهو لا يلزم أصلا بالتعهد الذي لم يكن طرفاً فيه إلا في أحوال محصورة وترجع كلها إلى تعهدات يفرضها المورث على ورثته . فقد أجاز القانون الروماني منذ العهد العلمي أن يتعهد شخص لما بعد وفاته ، كأن يتعهد عن نفسه وعن ورثته . كذلك أجاز جوستنيان أن يتعهد الشخص لما بعد وفاته أو أن يتعهد عن وارثه .

§ ٤ — السبب (La Cause)

٤٣٢ — **المعاني المختلفة لكلمة السبب** (cause) : لكلمة السبب معان مختلفة في القانون الروماني فقد تفيد :

١ — الأساس أو السند القانوني (fondement juridique) الذي يستند إليه العقد أو بعبارة أخرى مصدر الحق ويقال للسبب بهذا المعنى بالسبب الانشائي (cause efficiente) أو السبب القانوني (causa civilis) .

٢ — الباعث (le motif) الذي حمل العاقد على التعاقد (causa impulsiva) وهو يختلف باختلاف ظروف كل عقد فشخص يبيع ماله لاحتياجه إلى النقود وآخر لرغبته في استبداله بغيره الخ .

٣ — السبب الذي أوجب الالتزام أو الغاية القانونية المباشرة التي يرمي العاقد الوصول إليها من وراء التزامه والتي حملته على التعاقد . فشخص يتعهد شفوياً (spondeo) بأن يدفع لآخر مبلغاً من النقود بقصد القرض (credendi causa) أو بقصد التبرع (donandi causa) أو بقصد الوفاء بدين سابق (solvendi causa) . ويقال للسبب بهذا المعنى السبب القصدي (cause finale)

٤٣٣ — **أهمية السبب بمعانيه المختلفة فى باب العقود** : ١ — السبب بمعنى المصدر (cause efficente) : لا يشترط وجود سبب بهذا المعنى فى العقود الرضائية إذ أنها تتم بتوافر العناصر الثلاثة السابق الكلام عليها وهى الاتفاق والأهلية والموضوع . بخلاف العقود الرسمية فيشترط لانعقادها ، عدا العناصر الثلاثة المتقدمة ، توافر سبب (cause) تستند اليه هو المنشىء لها . وهذا السبب هو الكتابة فى العقود الكتابيــة والعبارات الشفوية فى العقود الشفويه . كذلك يشترط فى العقود العينية والعقود اللاسمية أن يكون لها سبب وقد يكون كما رأينا تسليم شىء (res) أو القيام بعمل (factum)

٢ — السبب بمعنى الباعث (le motif) : لا يؤثر الباعث على صحة العقود تبعاً للقاعدة المشهورة (falsa causa non nocet)

٣ — السبب القصدى (la cause finale) : والسبب بهذا المعنى ، أى الغاية المباشرة (but) التى من أجلها تعهد المدين ، شرط لصحة العقود والتعهدات فى القانون الفرنسى والقانون المصرى (٩٤ مدنى أهلى — ١٤٨ مدنى مختلط و١١٣١ مدنى فرنسى وما بعدها)

والمطلوب معرفته هو إلى أى حد وفى أى العقود عرف الرومان فكرة السببية بالمعنى الأخير وكشرط أساسى لصحة العقود والتعهدات ؟

للجواب على هــذا السؤال يجب علينا التفرقة بين العقود الرسمية والعقود الغير رسمية .

١ — فى العقود التبادلية والعينية

٤٣٤ — **انتفاء فكرة السببية فى العقود التبادلية** : تظهر فكرة السببية بوضوح فى الوقت الحاضر فى العقود التبادلية ، حيث يعتبر التزام كل من الطرفين سببا لالتزام الطرف الآخر فسبب التزام البــائع بنقل الملكية هو التزام المشترى بدفع الثمن .

وهذا بخلاف الحال فى روما ، فان فكرة السببية لم تظهر فى العقود التبادلية ولا فى العقود غير المسماة ولو أن الشراح الأقدمين للقانون الفرنسى ، وبالأخص دوما (Domat) ، قد استندوا إلى أحد النصوص الخاصة بالعقود اللاسمية فى تشييد نظرية السبب التى نقلت إلى القانون الفرنسى ومنه إلى القانون المصرى . ذلك أن النص المذكور (Dig ,2,14,7,2) اشترط توافر السبب (cause) لانعقاد العقود غير المسماة . إلا أنه قصد به أمر آخر ، هو قيام أحد الطرفين بتنفيذ الاتفاق من جانبه ، سواء بتسليم شىء (res) أو بعمل شىء (factum) ، وهو السبب بمعنى مصدر الالتزام أى السبب المنشىء للالتزام (cause éfficiente) لا الدافع الذى أوجب التعاقد (cause finale)

٤٣٥ — **فى العقود العينية** : وسبب الالتزام فى هذه العقود طبقاً للقانون الحاضر هو تسليم الشىء موضوع التعهد . فسبب التزام المقترض فى عقد القرض مثلا هو قبضه الشىء المقترض .

وقد رأينا أن الرومان كانوا يرون فى هذا التسليم السبب المنشىء للالتزام (cause efficiente) أى مصدر الالتزام ، إذ التسليم شرط لانعقاد عقد القرض وبدونه لا ينعقد .

٢ — فى العقود الرسمية

٤٣٦ — **ظهور فكرة السببية** (cause finale) **فى عقد الاشتراط** : لم تظهر فكرة السببية كما نفهمها الآن إلا فى العقود الرسمية وخاصة فى عقد الاشتراط (stipulation) . ذلك أن عقد الاشتراط وهو عقد رسمى كان عقداً مجرداً (un contrat abstrait) أى صحيحاً ولو لم يتحقق الغرض (but) الذى تم من أجله . فمثلا إذا تعهد شخص شفويا بأن يدفع إلى آخر مبلغ ١٠٠٠٠ سترس بموجب عقد اشتراط وذلك فى مقابل حصوله على هذا المبلغ على سبيل القرض ، فانه يلتزم بدفعه إلى المتعهد له ولو لم يحصل منه فعلا على مبلغ القرض . إذ ينشأ التزامه بمجرد

تلفظه بعبارة أتعهد (spondeo) . غير أن البريتور رأى لزوم التدخل لصد هذا الظلم عن المتعهد ، فأجاز له فى حالة مطالبة المشترط (stipulant) له بالوفاء دفع دعوى هذا الأخير بدفع الغش (exceptio doli mali) . ومعنى ذلك أن التعهد الشفوى (stipulation) بسبب القرض لا يكون صحيحاً طبقا للقانون البريتورى إلا إذا كان المبلغ المقترض قد دفع بالفعل إلى المقترض ، أو بعبارة أخرى يجب لصحته أن يكون مبنيا على سبب صحيح بالمعنى الذى نفهمه فى الوقت الحاضر . غير أن الفقهاء (les prudents) لم يكتفوا بذلك بل سمحوا للمتعهد الذى لم يقبض مبلغ القرض بأن لا ينتظر مطالبة الدائن له بالوفاء وأن يسبق دعوى الدائن بدعوى (condictio) من جانبه يطالب دائنه فيها بابراء ذمته من الدين المزعوم .

إلا أنه فى الحالتين المتقدمتين ، أى سواء استعمل المدين طريق الدفع (exceptio) أو الدعوى (condictio) ، فقد كان عليه طبقا للقواعد العامة أن يقيم الدليل على عدم قبضه الدين ، وهو عبء ثقيل على المدين إذ يقوم الاثبات على واقعة سلبية وإثبات النفى عسير إن لم يكن مستحيلا .

لذلك رؤى فى عصر الأمبراطورية منذ عهد الأمبراطور كاراكلا (٢١٥ ميلادية) أن يرفع حمل الاثبات عن المدين وأنه بمجرد إنكاره قبض المبلغ كله أو بعضه (querela non numeratae pecuniae) سواء بصورة دفع أو دعوى يجب على الدائن أن يثبت بطرق أخرى غير السند أو الكتابة التى فى يده أن المدين قبض المبلغ فعلا والا سقط دينه .

وقد حدد لاستعمال طريق المنازعة فى قبض الدين ميعاد من تاريخ العقد بحيث إذا لم يتمسك به المدين فى خلاله اعتبر سكوته اعترافاً قاطعاً بالدين لا يمكن نقضه بأى دليل بعد ذلك وقد كان هذا الميعاد خمس سنوات قبل جوستنيان وسنتين فى عهده .

وقد أدخل جوستنيان على نظام المنازعة فى قبض مبلغ القرض تعديلات كثيرة عدا الخاص منها بالميعاد أهمها ما يأتى : ١ — جعل جزاء المدين إذا فشل فيما

يدعيه أن يدفع ضعف الدين . ٢ — توسع فى تطبيقه فبعد أن كان قاصراً على قرض النقود صار شاملا للقروض الأخرى التي يكون موضوعها شيئاً مثلياً . ٣ — جعل للدائن الذى حرر لمدينه مخالصة بدينه قبل الوفاء فعلا بالدين الطعن فى المخالصة فى خلال شهر من تحريرها (querela non numeratae solutionis)

عقد البيع (Emptio-venditio)

٤٣٧ — ***تعريف*** : يمكن تعريف البيع بأنه عقد بمقتضاه يتعهد أحد الطرفين وهو البائع (venditor) بأن ينقل إلى الطرف الآخر وهو المشترى (emptor) وضع اليد الهادىء المستمر على شىء يسمى المبيع (merx) فى مقابل تعهد هـذا الأخير أى المشترى بدفع مبلغ من النقود يسمى الثمن (pretium) . وهو عقد رضائى يتم بالتراضى ، وتبادلى كامل ، ومن عقود حسن النية حيث يترتب على الاتفاق التزامات من جانب كل من الطرفين ، ولـكن لا يترتب عليه ، وهذا مهم ، نقل الملـكية إلى المشترى .

وسندرس شروط انعقاده وآثاره ، ولـكن نجد من الفائدة البدء بدراسـة تاريخ ظهور عقد البيع الرضائى .

المبحث الأول

فى تاريخ عقد البيع الرومانى

من الثابت المقرر أن البيع كان معروفاً منذ نشأة روما ، وهو البيع بثمن معجل (vente au comptant) وكان يتم بطريق الاشهاد (vente-mancipation) حيث كان ينقل شخص إلى آخر ملـكية شىء من الأشياء فى مقابل مقدار معين من معدن ما (النحاس) يصير وزنه فعلاً . إنما لم يكن هذا طريقة التعامل الأولى ، إذ قد سبق هـذه الصورة من البيع صورة أخرى للمبادلة هى المقايضة (troc) ،

وذلك قبل أن تنشأ عملة يصير تقدير قيمة الأشياء بالنسبة إليها . كذا كان البيع قديماً بيعاً معجلاً ينتج آثاره فى الحال فتنقل الملكية إلى المشترى ويدفع فيه الثمن حالاً إلى البائع . فلا تنشأ عنه التزامات ما على أحد الطرفين ماعدا الالتزامات التى قد تنشأ من جانب الناقل فيما بعد ، لا عن العقد بل بناء على الجريمة ، كما إذا ظهر بعد البيع أن البائع باع ملك غيره فيسأل عن ذلك بدعوى الضمان (actio auctoritatis) ، أو باع أقل من المساحة المذكورة فى الاشهاد فيسأل بدعوى العجز فى المساحة (actio de modo agri) .

على أنه قد يتفق الطرفان على تأجيل آثار البيع كلها أو بعضها ، فقد يتفق فى البيع على أن البائع ينقل الملكية فى الحال إلى المشترى مع تأجيل دفع الثمن ، أو أن يلتزم كل منهما فقط فى العقد : البائع يتعهد بتقديم شىء والمشترى يتعهد بدفع الثمن ، أو بعبارة أخرى قد يقصد المتعاقدان بيعاً منشئاً لالتزامات فقط لا بيعاً ناقلا للملكية .

ويرى بعض الشراح أن هذا الاتفاق (أى الاتفاق على بيع منشئ لالتزامات فقط) كان ممكناً فى كل الأزمان وأن التراضى على البيع والشراء كان يلزم الطرفين بذاته منذ القانون القديم ومنذ عهد الألواح الاثنى عشر . إلا أن هذا الرأى مرجوح ، لأن كل النصوص الوضعية التى لدينا والتى ترجع إلى عهد القانون القديم وبالأخص قانون الألواح الاثنى عشر تعبر عن عقد البيع دائماً بما يفيد أنه عقد ناقل للملكية لا منشئ لالتزامات فقط .

على أنه من الثابت المقرر أن البيع فى العصر العلمى كان بيعاً مؤجلا أى لاينقل الملكية فى الحال إلى المشترى ولا يدفع فيه الثمن فوراً بل هو منشئ فقط لالتزمات من جانب كل من المتعاقدين فهو عبارة عن مبادلة لتعهدات (échange de prestations)

نخلص مما تقدم أن البيع كان فى الأصل بيعاً معجلا يؤدى فوراً وفى الحال إلى نقل الملكية ويدفع فيه الثمن حالا وكان يتم ذلك فى وقت واحد وبعملية واحدة هى الاشهاد أو التسليم ، ثم صار فى العصر العلمى يتم بالاتفاق ولكن

لا يترتب عليه سوى التزامات من جانب كل الطرفين . أما نقل الملكية فيكون بعد ذلك عند تنفيذ التعهدات الناشئة عن عقد البيع . أي أن البيع فى العصر العلمى كان يتم أثره فى وقتين الاتفاق أولا ويتبعه نقل الملكية .

ولكن لنا أن نتساءل كيف حدث هذا التطور أو بعبارة أخرى كيف صار البيع عقدا مؤجلا منشئا لالتزامات فقط بعد أن كان عقدا ناقلا للملكية بالاشهاد أو التسليم ؟

اختلف الشراح فى الجواب على هذا السؤال لعدم وجود نصوص فى الموضوع وذهبوا فى ذلك مذاهب أربعة :

١ — فالمذهب الأول ، ويقول به (Vincent) و (Huvelin) و (Pernice) ، يرى أن عقد البيع كان يتم فى القديم بتسليم البائع المبيع إلى المشترى وكان ينشأ عن هذا التسليم التزام المشترى بدفع الثمن . أى أن عقد البيع كان عقدا عينيا (contrat réel) ينعقد بتسليم العين المبيعة ، فكان البيع والحالة هذه يشبه البدل من حيث أنه عملية تتم باعطاء شىء فى مقابل إعطاء شىء (do ut des)

٢ — ويرى المذهب الثانى ، ويدافع عنه (Girard) ، أن البيع قبل أن يصبح عقدا رضائيا كان يتم بالالتجاء إلى تلك الأداة العامة التى كانت تستخدم لجعل الاتفاقات ملزمة للمتعاقدين أى إلى العقد الشفوى . فكان يتم بعقدين شفويين يصبح المشترى بمقتضى أحدهما دائنا بالمبيع ، ويصبح البائع بمقتضى العقد الآخر دائنا بالثمن .

ويستند أنصار هذا المذهب لتأييد رأيهم إلى القواعد العامة للبيع وخصوصاً ما كان منها متعلقا بنظرية خطر الهلاك أو تحمل التبعة ، وما كان منها متعلقا بالضمان كما سنرى ذلك عند الكلام على آثار عقد البيع . ويرون أن مما يؤيد رأيهم أيضا اسم عقد البيع ذاته ، فهو يتكون من عبارتين (emptio-venditio) الشراء والبيع ، وهذا دليل فى نظرهم على أن عقد البيع كان يتم فى القديم بواسطة عقدين أحدهما بالشراء والآخر بالبيع .

٣ — ويرى المذهب الثالث ، ويدافع عنه (Cuq) ، أن تسمية عقد البيع (emptio-venditio) لا تفيد حصوله فى الأصل بعقدين أحدهما الشراء والآخر البيع . ويرى أن عقد البيع منذ الأصل كان يتم بعقد واحد وأنه اقتبس من النظام الذى كانت تتبعه الحكومة فى بيع أموالها للأفراد ، أى أن أصل عقد البيع الرضائى التابع للقانون الخاص هو عقد البيع الادارى التابع للقانون العام .

هذا الرأى يساعدنا على تفسير كثير من أحكام عقد البيع الرومانى . فهو يفسر لنا اشتراط أن يكون الثمن مبلغا من النقود ، لأن الدولة تحضر ميزانيتها وتقدر الايرادات والمصروفات بالنقود فكانت لا تبيع إلا فى مقابل ثمن نقدى . كذلك يبرر هذا الرأى قاعدة أن الهلاك على المشترى (res perit emptori) فالدولة وهى الطرف القوى فى العقد كانت لا تقبل تحمل تبعة الهلاك قبل التسليم .

وأخيراً يفسر لنا هذا الرأى طبيعة عقد البيع الرومانى من أنه عقد لا يلتزم فيه البائع بنقل الملكية (dare) وإنما بنقل وضع اليد الهادىء المستمر (vacuam possessionem tradere) بمعنى أن البائع كان يتعهد فقط بتمكين المشترى من التمتع بوضع اليد على المبيع دون أن ينازعه أحد فى وضع يده . ذلك أن الدولة لا تريد أن تحمل نفسها مسئولية استحقاق المبيع للغير فى حالة ظهور أن المبيع غير مملوك لها . فكانت لا تلتزم قبل مشتريها بأكثر من تمكينه من وضع اليد على المبيع بصفة هادئة ومستمرة .

٤ — ويرى المذهب الرابع ، ويقول به (Collinet) . أن عقد البيع الرضائى إنما نشأ من المعاملات التجارية بين الأجانب وخاصة الأغريق والرومان ، فهو عقد نشأ فى الأصل فى العلاقات التابعة لقانون الشعوب ، ثم نقل إلى القانون الرومانى البحت لسهولة أحكامه وخلوه من الاجراءات الشكلية .

ويساعدنا هذا الرأى على فهم خصائص عقد البيع كلها من أنه عقد رضائى خال من الاجراءات الشكلية ، ومن أنه عقد من عقود حسن النية إذ التجارة تستدعى السرعة فى الاجراءات وتستلزم حسن النية والشرف فى المعاملة . كما يفسر لنا أحكام

عقد البيع كلها ، فهو يفسر لنا اشتراط أن يكون الثمن مبلغا من النقود لأن هذه العقود لما كانت تقع بين التاجر الأجنبي وهو عادة تاجر بالجملة وبين التاجر الروماني وهو تاجر بالتجزئة كان الأول يشترط دفع ثمن بضائعه بالنقود حتى يتمكن من تجديد بضاعته . ويفسر لنا أيضاً قاعدة أن هلاك المبيع يتحمله المشترى وأن التزام البائع عبارة عن التزام بنقل وضع اليد لا بنقل الملكية لأن البائع كان الطرف القوى فى العقد إذ المشترى وهو تاجر صغير كان محتاجا للبضائع التى يأتى بها التاجر الأجنبي من بلاده .

٤٣٨ — **تاريخ عقد البيع الرضائى** :وقد اختلف الشراح فى تحديد تاريخ ظهور عقد البيع الرضائى المؤيد بدعوى من دعاوى حسن النية .

فيرى جيرار ، ومعه فى ذلك أغلبية الشراح ، أن الدعاوى المؤيدة لعقد البيع ككل دعاوى حسن النية لم تنشأ إلا بعد صدور قانون ايبوتيا وهو ذلك القانون الذى أدخل نظام المرافعات الكتابية أو نظام البرنامج . ويحدد جيرار صدور هذا القانون مابين سنتى ٦٠٥ و ٦٢٨ لروما أو بين ١٤٩ و ١٢٦ قبل الميلاد .

ويرى بعض الشراح الآخرين ومنهم (Cuq) أن عقد البيع الرضائى كان معروفا منذ نهاية القرن السادس لروما بدليل ذكره فى كثير من روايات الشاعر الرومانى المشهور (Plaute) وفى كتاب (Caton) فى الاقتصاد الزراعى (De re rustica) وفى أحد النصوص الموجودة بالموسوعات (Dig 19,1, de A.E.V. 38. 1) المنسوب إلى أحد حكام القرن السادس (Aelius) (وقد حكم فى سنة ٥٥٦ لروما)

وعلى أى حال فمن المسلم به أن عقد البيع كعقد رضائى من عقود حسن النية كان موجوداً منذ النصف الأول للقرن السابع لروما أى حوالى ١٠٠ سنة قبل الميلاد .

٤٣٩ — **البيع ونقل الملكية** : فالبيع كما انتهى إليه فى بدء القرن السابع لروما كان منشئاً لالتزامات فقط ، فهو لا ينقل الملكية كما هو الحال فى القانون المصرى (بالنسبة للمنقول) ، بل لا يلتزم فيه البائع بنقل الملكية ، إذ التزام البائع

ليس إلتزاماً بأعطاء شيء (dare) وإنما إلتزاماً بعمل (praestare) هو نقل وضع اليد المادىء المستمر (vacuam possessionem tradere) . وهكذا كان البائع فى روما لا يلتزم بنقل الملكية بل بنقل وضع اليد فقط .

ولا يمكن تفسير هذا الشذوذ إلا بالرجوع إلى تاريخ الملكية عند الرومان . ذلك أنه كان للملكية فى القرن السابع لروما صور شتى ، فكان يوجد بجانب الملكية الرومانية (dominium ex jure quiritium) الملكية الأجنبية والملكية الأقليمية والملكية البريتورية ، هذا وعقد البيع عقد من العقود التابعة لقانون الشعوب (jus gentium) ومن أهم العقود اللازمة للتجارة ، فكان لا بد من أن يكون البيع ممكناً بالنسبة لجميع الأشخاص بما فيهم الأجانب وشاملا لجميع الأشياء الرومانية منها والأقليمية . لذلك كان لا يلزم عقد البيع البائع بنقل الملكية الرومانية .

بل أنه بالرغم من منح الرعوية الرومانية تدريجياً لجميع سكان الأمبراطورية الرومانية ابتداء من عهد الأمبراطور كاراكلا ، وبالرغم من زوال التفرقة بين الأراضى الرومانية والايطالية والأقليمية ، فقد بقى عقد البيع غير منشىء لالتزام بأعطاء شيء . ذلك أن عقد البيع بأحكامه المتقدمة كانت له مزايا عملية فكان لا يتحمل البائع مشقة إثبات ملكيته كلما ادعى المشترى أن المبيع غير مملوك للبائع هذا من جهة ومن جهة أخرى كان يجوز بيع ملك الغير .

وهذا بخلاف الحال فى القانون المدنى الحاضر فان البيع كقاعدة عامة ناقل للملكية بمجرد الاتفاق ولذا كان بيع ملك الغير باطلا (مادة ٢٦٤ مدنى أهلى و ٣٣٣ مدنى مختلط و ١٥٩٩ مدنى فرنسى) .

المبحث الثانى

فى العناصر المكونة لعقد البيع

يتكون عقد البيع من عناصر ثلاثة إذا غاب أحدها لا ينعقد البيع . وهذه العناصر هى : (١) المبيع (res) أو (merx) (٢) الثمن (pretium) (٣) الاتفاق (consensus) وهو اتفاق البائع والمشترى على المبيع والثمن .

٤٤٠ — ١ . **المبيع** : يشترط فى المبيع ما يشترط فى موضوع التعهدات بصفة عامة . فيجب أن يكون محل التزام البائع ممكنا ماديا فلايجوز بيع شىء هالك ، وأن يكون ممكنا قانونا بأن يكون من الأشياء الداخلة فى دائرة التعامل فلا يجوز بيع شىء من الأشياء الدينية أو المقدسة أو العامة الخ . وأن يكون فيه فائدة للمشترى فلا يصح أن يباع إليه ملكه وبعبارة عامة يجب مراعاة القواعد العامة .

وفيما عدا ذلك فالمبيع قد يختلف باختلاف الأحوال فقد يكون موجودا بالفعل أو مما يوجد فى المستقبل كالمحصول الزراعى ، وقد يكون مملوكا للبائع أو لغيره كما رأينا من أن بيع ملك الغير جائز فى القانون الرومانى ، وللمشترى لحماية حقه دفع الشىء المبيع والمسلم ودعوى الملكية البريتورية . وقد يكون شيئا ماديا كعبد أو عقار أو شيئا معنويا كحق ارتفاق أو دين أو نصيب فى تركة فتحت بالفعل أما بيع الوارث لحقه فى الارث قبل وفاة المورث فباطل لا أثر له إلا إذا أجازه المورث .

٤٤١ — ٢ . **الثمن** : يشترط فى الثمن (١) أن يكون مبلغاً من النقود (numeratae pecuniae) . وقد اختلف الشراح فى العصر العلمى فى وجوب هذا الشرط من عدمه . فيرى أنصار المذهب السابينى (Sabiniens) جواز أن يكون الثمن من غير النقود . ويرى البروكليان (Proculiens) وجوب أن يكون الثمن من النقود وإلا كان العقد بدلا وهو الرأى الراجح والذى أخذ به جايوس ومن بعده جوستنيان (٢) وأن يكون معينا (certum) أو على الأقل قابلا للتعيين ، كأن يبين فى العقد طريقة تعيينه مثل ذلك أن يتفق المتعاقدان على ترك تقدير الثمن إلى خبير يعين فى العقد (٣) أن يكون حقيقيا (verum) لا صوريا وإلا كان العقد هبة ولزم أن يستوفى شروط الهبة (٤) وأخيراً يجب فى الثمن منذ العصر البيزنطى أن يكون عادلا (justum) أى متناسبا مع القيمة الحقيقية للمبيع . ولم يكن هذا الشرط موجودا فى العصر العلمى وإنما تقرر فى عصر الأمبراطورية البيزنطية . ويرجعه جوستنيان إلى عهد الأمبراطور دقلديانوس . فاذا كان الثمن أقل من نصف قيمة المبيع الحقيقية جاز للبائع أن يرد الثمن ويسترد المبيع إلا إذا قبل المشترى تكملة الثمن إلى النصف .

٢٤٢ — ٣ . **الاتفاق** : وهو وحده كاف لانعقاد البيع . فينعقد البيع باتفاق الطرفين على المبيع والثمن بدون حاجة إلى إجراءات شكلية أو إلى دفع الثمن ، بل هو ملزم لهما بمجرد التراضى ولا يمكن لأحدهما الرجوع فيه بعد ذلك إلا فى حالتين :

(الأولى) إذا اتفق الطرفان على تحرير العقد بالكتابة (vente cum scriptura) فلا يتم البيع إلا بتمام الكتابة وإمضاء المتعاقدين عليها . فحتى هذا الوقت يجوز لكل من الطرفين الرجوع فى العقد دون أن يلزم بتعويض ما قبل الطرف الآخر .

(الثانية) إذا اتفق الطرفان على عربون (arrhes) يدفعه أحد الطرفين للآخر . والعربون عادة مبلغ من النقود يدفعه أحد المتعاقدين إلى الآخر ، وقد يكون عرضاً من العروض كخاتم فى حالة الخطبة .

وللعربون وظائف ثلاثة فى العقد تجعل مركز المتعاقدين مختلفاً باختلاف الوظيفة التى قصدت منه :

١ — فقد يكون جزءاً من الثمن يدفع مقدماً (accompte sur le prix) ، وهو ما يكون عادة فى حالة ما إذا كان مبلغ العربون المدفوع كبيراً ، وفى هذه الحالة يعتبر العقد تاماً ، بل قد تنفذ جزئياً ، ولا سبيل إلى العدول عنه من أحد الطرفين .

٢ — وإما أن يقصد به ، ولو كان ضئيلا ، الدلالة على تمام العقد وانتهاء دور المحادثات أو المفاوضات التمهيدية للعقد . وفى هذه الحالة كذلك لا يصح العدول عن البيع ، ولا يمكن لأى طرف أن يتخلص بارادته وحدها من العقد . وقد كانت هذه الوظيفة الوظيفة العادية التى يؤديها العربون فى العقود الرومانية .

٣ — وإما أن يكون وسيلة للرجوع فى العقد (moyen de dédit) وحينئذ لا يكون العقد نهائياً . فيجوز للمشترى العدول عن الشراء بالتنازل إلى البائع عن مبلغ العربون الذى دفعه إليه ، ويجوز للبائع العدول عن البيع برد مبلغ العربون الذى قبضه إلى المشترى ومعه ما يوازى قيمته .

وقد استمد جوستنيان هذا الحكم الأخير من التقاليد اليونانية .

المبحث الثالث

فى آثار عقد البيع

آثار عقد البيع كثيرة ، ويستعمل الشراح لتسهيل دراستها تقسيما غير رومانى قال به شراح القانون الرومانى فى القرون الوسطى . ويقتضى هـذا التقسيم التميز بين الآثار الجوهرية (les essentialia) أو (les effets essentiels) ، والآثار الطبيعية (les effets naturels) أو (les naturalia) ، والآثار العرضية أو الثانوية للعقد (les effets accidentels) أو (les accidentalia) . وسنبدأ بدراسة النوع الأول منها ، أى الآثار الجوهرية لعقد البيع ، وهى التى تنشأ حتما فى كل البيوع ، والتى بدونها لا ينعقد البيع أصلا . هـذه الآثار يترتب بعضها فى ذمة المشترى والبعض الآخر فى ذمة البائع وتنحصر فى :

١ — التزام المشترى بدفع الثمن .

٢ — والتزام البائع بالمحافظة على المبيع وتسليمه ؛ ويجب تنفيذ الالتزامات المتقدمة جميعاً بحسن نية مع استبعاد كل غش أو سوء نية .

وتضمن دعوى البيع (actio venditi) أو (actio ex vendito) تنفيذ التزام المشترى بدفع الثمن وتضمن دعوى الشراء (actio ex empto) أو (actio empti) تنفيذ التزام البائع بتسليم المبيع . وسندرس هذه الالتزامات بالترتيب المتقدم مع شرح نظريتى تحمل التبعة (la théorie des risques) ونقل الملكية فى عقد البيع .

§ ١ — التزام المشترى بدفع الثمن

٤٤٣ — **التزام المشترى بدفع الثمن والملحقات** : يجب على المشترى دفع الثمن (dare pretium) ، وهو التزامه بنقل ملكية قطع من النقود المعدودة فى مقابل الشىء المبيع .

وقد تنشأ التزامات أخرى على المشترى بجانب التزامه بدفع الثمن :

(ا) فقد يلزم بدفع مصاريف حفظ المبيع إذا تأخر عن تسلمه .

(ب) وإذا تأخر المشترى عن دفع الثمن وجب عليه فوق الثمن أن يدفع فوائده من وقت التسليم وذلك بمجرد حلول ميعاد استحقاق الدفع وبدون حاجة إلى التنبيه عليه أو انذاره بالوفاء .

٤٤٤ — **ميعاد الدفع** : متى يجب على المشترى دفع الثمن ؟ يجب على المشترى أن يدفع الثمن فى الميعاد المتفق عليه فى العقد ، فاذا لم يحدد فى العقد أجل معين كان الدفع وقت التسليم .

على أن للمشترى أن يمتنع عن دفع الثمن سواء حل أجل الوفاء أو لم يحل :

١ — إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع إليه .

٢ — إذا باعه مالا يملك بسوء نية وكان المشترى حسن النية .

٣ — إذا تعرض له شخص ثالث فى وضع يده .

٤ — إذا رفعت عليه دعوى بالمنازعة فى ملكية المبيع ، كما إذا رفعت عليه دعوى استرداد من الغير ، فللمشترى أن لا يدفع الثمن حتى يفصل فى النزاع على الملكية ، إلا إذا قدم له البائع تأميناً برد الثمن إليه فيما إذا حكم لمصلحة المسترد .

§ ٢ — التزام البائع بالمحافظة على المبيع حتى التسليم

هذا الالتزام مترتب على الالتزام بالتسليم إذ يجب على البائع أن يحافظ على المبيع حتى يتمكن من تسليمه وإنما درسنا هذا الالتزام قبل الالتزام بالتسليم لوجوبه قبل التسليم .

يجب على البائع المحافظة على المبيع ، فاذا هلك المبيع بخطأه كان مسئولا عن هذا الهلاك . ولكن ماهو الضابط فى تقدير مسئوليته ؟ يجب على البائع كقاعدة عامة أن

يعنى بالمال المبيع عناية رب الأسرة حسن الادارة بأمواله ، فهو مسئول عن قيمته إذا هلك بخطأ أو إهمال لا يصدر عادة من رب الأسرة المذكور فى إدارة شئونه .

على أن للمتعاقدين الاتفاق على تخفيف مسئولية البائع أو تشديدها . فلهما أن يتفقا على أن البائع لا يسأل عن خطأه أو إهماله بل يسأل عن غشه فقط . ولهما أن يتفقا على أنه يسأل عن هلاك الشيء المبيع ولو كان ناشئاً عن حادث جبرى . ويسأل البائع عن الحوادث الجبرية فى حالة أخرى ، وهى حالة ما إذا وضع فى موطن التأخير بأن يكون المشترى قد طالبه بالتسليم وتأخر عن التسليم بعد ذلك فهلك المبيع فانه يسأل عن هذا الهلاك ولو نشأ عن حادث جبرى .

أما فيما عدا ذلك ، أى فى غير الحالتين المذكورتين (الاتفاق والتأخير) ، فلا يسأل البائع إلا عن خطأه الخفيف (culpa levis) . فاذا هلك الشيء المبيع قبل تسليمه بقوة قاهرة كنزع ملكية الأرض للمصلحة العامة ، أو بحادثة طبيعية كاحتراق المنزل بصاعقة أو موت الرقيق ، أو بفعل الغير كفقد الحيوان المبيع بسرقة الغير له ، فان البائع يبرأ من إلتزامه ولا يلزم بأكثر من تسليم بقايا المبيع إلى المشترى ، سواء كانت هذه البقايا مادية كانقاض المنزل المحترق أو بقايا قانونية كحق التعويض فى نزع الملكية أو الدعوى الجنائية على من أهلك المال المبيع بجريمته .

٤٤٥ — قاعدة أن الهلاك على المشترى (res perit emptori) :

ولكن لنا أن نتساءل عما إذا كان المشترى ، وقد برئت ذمة البائع من تنفيذ التزامه ، تبرأ ذمته هو الآخر من إلتزامه بدفع الثمن أم يبقى مع ذلك ملزماً بالدفع ؟ أو بعبارة أخرى من يتحمل تبعة هلاك المبيع ؟ فاذا قلنا ببراءة ذمة المشترى كانت كانت تبعة الهلاك على البائع وإذا قلنا بالعكس كانت تبعة الهلاك على المشترى . تقضى القاعدة المقررة فى قانون جوستنيان باعتبار المشترى فى الحالة المتقدمة ملزما بدفع الثمن ومن باب أولى غير محق فى استرداده إن كان قد دفعه ، ومعنى ذلك أن المشترى يتحمل تبعة هلاك المبيع قبل استلامه ، وهو ما يعبرون عنه بقولهم إن المبيع يهلك على المشترى (res perit emptori) .

٤٤٦ — ***نقد هذه القاعدة وتبريرها تاريخيا*** : يتفق أكثر الباحثين فى القانون الرومانى على أن هـذه القاعدة ظالمة بالنسبة للمشترى ، وتنافى مبادىء القانون فى عقود حسن النية . فهى تنافى العدالة لأنها تلقى الخسارة على المشترى فى عقد لم ينفذ بالنسبة له وتجعل المكسب للبائع دون أن يقوم بالوفاء بعهده . وهى تنافى مبادىء القانون فى عقود حسن النية ، لأن التزام كل من الطرفين مرتبط بالتزام الطرف الآخر ويعتبر كل منهما سببا للآخر ، فاذا سقط التزام أحدهما وجب زوال التزام الآخر . وأخيرا فقد خالف القانون بشأنها ما قرره فى العقود التبادلية الكاملة كالاجارة والبدل وفى العقود التبادلية الناقصة كالوديعة وعارية الاستعمال من جعل خطر الهلاك على المالك ، وهو ما يعبرون عنه بقولهم (res perit domino) . ذلك أن البائع قبل التسليم هو المالك للمبيع ، فكان يجب طبقا للقاعدة المتقدمة السارية فى العقود التبادلية الأخرى جعل تبعة الهلاك على البائع بناء على أن هلاك الملك على مالكه .

وقد حاول بعض الشراح تبرير هذه القاعدة من الوجهة القانونية البحتة ، فذهب إلى أنها تطابق نية المتعاقدين أو على الأقل البائع الذى قصد بالبيع الحصول على شىء لا يهلك وهو النقود بدلا من ملكه ، وهو شىء معين معرض للهلاك . كما أراد بعضهم تبريرها من وجهة العدالة العامة بقوله إن للمشترى فى مقابل غرمه بتحمل تبعة هلاك المبيع الاستفادة مما ينشأ فى المبيع من الزيادة فى القيمة من وقت البيع أى أن الغرم بالغنم .

ويبرر أغلب الشراح تقرير هذه القاعدة فى القانون الرومانى بالرجوع إلى أصل عقد البيع الرضائى . فيرى جيرار بأنها أثر من آثار ذلك العهد الذى كان يتم فيه البيع بعقدين شفويين ، يتعهد فى أحدهما البائع بتسليم المبيع ويتعهد المشترى فى الثانى بدفع الثمن ، فالتزام كل منهما فى الصورة المتقدمة مستقل عن التزام الآخر ، وبالتالى فلا يؤثر سقوط التزام البائع بتسليم المبيع لانعدام موضوعه قضاء وقدرا على التزام المشترى بدفع الثمن .

٤٤٧ — **استثناءات من القاعدة المتقدمة** : على أن لهذه القاعدة « الهلاك على المشترى » استثناءات شتى نذكر أهمها فيما يلى :

١ — إذا كان هناك خطأ من جانب البائع فلا تطبق القاعدة المتقدمة ، كما إذا هلك المبيع بقوة قاهرة ترجع إلى فعل البائع أو خطأه كمصادرة المبيع فى جريمة ارتكبها .

٢ — إذا كان البيع معلقا على شرط توقيفى وهلك المبيع كله قبل تحقق الشرط . فان المبيع يهلك على مالكه وهو البائع . إذ يستحيل انعقاد البيع عند تحقق الشرط لانعدام موضوعه . أما إذا كان الهلاك جزئيا فان البيع ينعقد فى الجزء الباقى وعلى المشترى دفع الثمن كله ، أى أن القاعدة المتقدمة تبقى سارية المفعول . أو بعبارة أخرى يكون الهلاك الكلى على البائع أما الجزئى فعلى المشترى .

هذا وقد أخذ الشارع الفرنسى بالقاعدة الرومانية فى جعل تبعة الهلاك على المشترى ، ولكنه جعل أساسها نقل الملكية اليه بمجرد البيع (res perit domino) (مادة ١١٣٨ مدنى) . أما القانون المصرى فرغما من اتباعه المبدأ الفرنسى فى نقل الملكية بمجرد الاتفاق . فانه خالفه فى نظرية تحمل التبعة . إذ جعل هلاك المبيع قبل تسليمه على البائع ولو أن الملكية قد انتقلت بالبيع ، بحيث تبرأ ذمة المشترى من الثمن (مادة ٢٣٧ مدنى أهلى و ٢٧١ مدنى مختلط) .

§ ٣ — التزام البائع بالتسليم

٤٤٨ — **نقل وضع اليد الهادئ** : تنص نصوص عديدة على أن الالتزام الأساسى للبائع هو نقل وضع اليد (vacuam possessionem tradere) أو (præstare rem) . ولكن لا يوجد منها ما يصف التزامه باعطاء شىء (rem dare) وقد رأينا السبب التاريخى لذلك فيما تقدم .

ومعنى ذلك أن للمشترى أن يطالب البائع بتمكينه من وضع اليد على المبيع

وضعا هادئا مستمراً دون أن ينازعه فى وضع يده أحد . فيجوز حينئذ للمشترى أن يرجع على البائع بدعوى الشراء (actio ex empto) ويطالبه بالتعويض فى كل الأحوال التى يصبح وضع يده مهدداً لتعرض الغير له بطريق الأوامر .

ولكن البائع غير ملزم بنقل الملكية إلى المشترى . فلا يجوز للمشترى الرجوع على البائع بالتعويض لمجرد ظهور أن المبيع غير مملوك له ، ولمجرد أنه مهدد بنزع المبيع من تحت يده فيما لو استرده المالك الحقيقى .

٤٤٩ — **انما يجب على البائع أن يكون حسن النية** : ولكن ليس معنى هذا أن نقل الملكية لم يكن مقصوداً فى عقد البيع الرومانى ، بل إن نقل الملكية كان ، كما فى الوقت الحاضر ، هو الغرض الذى يقصد العاقدان إليه ، بدليل أن المشترى من غير المالك يعتبر واضع يد فى طريق اكتساب الملكية بمضى المدة وهو ما يستلزم لديه توافر نية اكتساب الملكية (animus domini) ، كما وأنه لا يصح الاتفاق فى عقد البيع على أن الملكية لا تنتقل إلى المشترى .

يضاف إلى ما تقدم أن عقد البيع عقد من عقود حسن النية يجب فيه على كل من الطرفين تنفيذ التزاماته طبقا لما يقتضيه حسن النية ومع استبعاد كل غش من جانبه (purgari omni dolo) . ويترتب على ذلك النتيجتان الآتيتان :

١ — إذا صدر بيع مال الغير من بائع سىء النية ، أى يعلم أنه غير مالك ، إلى مشتر حسن النية ، أى يجهل هذا الظرف ، كان للمشترى أن يرجع على البائع بالتعويض بمقتضى دعوى الشراء (actio empti) بمجرد علمه بذلك وبدون حاجة إلى انتظار استحقاق المبيع من تحت يده ، أى أن بيع ملك الغير يكون باطلا فى هذه الحالة .

٢ — إذا كان البائع مالكا للمبيع لزمه طبقا لحسن النية نقل كل الحقوق التى له على المبيع إلى المشترى ووجب عليه أن يحقق الغرض المنشود من البيع وهو جعل المشترى مالكا للمبيع فى مقابل الثمن الذى دفعه المشترى إليه .

يترتب على ذلك أن للمشترى إجبار البائع على نقل الملكية بالاشهاد إذا كان المبيع من الأشياء النفيسة أو بالتسليم فى الأحوال الأخرى .

نخلص مما تقدم أن البائع ملزم بنقل الملكية متى كان مالكا للمبيع بناء على مبدأ حسن النية الذى يجب أن يسود علاقات الطرفين فى عقد البيع . فكأن الفارق بين عقد البيع فى القانون الرومانى وبينه فى الوقت الحاضر ينحصر فى حالة واحدة وهى حالة بيع شخص لشىء لا يملكه بحسن نية . فبينا يعتبر هذا البيع باطلا فى القانون الحاضر لأن البائع ملزماً بنقل الملكية ، فانه يعتبر صحيحا فى القانون الرومانى لأن التزام البائع لم يكن التزاما بنقل الملكية (dare) وإنما بنقل وضع اليد فقط (praestare)

٤٥٠ — **متى يجب على البائع تسليم المبيع** : يرى شراح العصر العلمى وجوب قيام الطرفين بتنفيذ التزامهما فى وقت واحد . فللبائع أن يمتنع عن التسليم ومن باب أولى نقل الملكية بالاكراه ، إذا لم يدفع إليه المشترى الثمن أو لم يقدم له ضامنا به . أو كما يقول شراح القانون الرومانى عادة يجوز لكل من الطرفين التمسك فى مواجهة الآخر بدفع عدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus)

٤٥١ — **ولكن متى تنتقل الملكية الى المشترى** : علمنا مما تقدم أن البائع ملزم بنقل الملكية متى كان مالكا للمبيع سواء باجراء الاشهاد أو التسليم . والآن نريد أن نعرف الوقت الذى تنتقل فيه الملكية إلى المشترى . وتظهر أهمية هذا السؤال فى حالة ما إذا كان الثمن لم يدفع بعد .

فاذا تم البيع بطريق الاشهاد فان الملكية تنتقل على الرأى الراجح بمجرد تمام إجراءات الاشهاد ولو لم يدفع الثمن بالفعل . ولذلك كان الاشهاد يؤجل فى الواقع إلى ما بعد دفع الثمن .

أما إذا تم بطريق التسليم فان التسليم كقاعدة عامة كان لا ينقل الملكية

إلى المشترى إلا إذا دفع الثمن بالفعل . وفى هذا ضمان قوى للبائع إذ يظل مالكا للمبيع طالما لم ينقده المشترى الثمن وله استرداده .

على أن لهذه القاعدة استثناءين تنتقل فيهما الملكية بالتسليم قبل دفع الثمن وهما :

١ — إذا قدم المشترى إلى البائع ضماناً بالثمن سواء كان ضماناً شخصياً ككفيل أو عينياً كرهن .

٢ — إذا ارتضى البائع ذمة المشترى فأئتمنه ، أى إذا كان الثمن مؤجلا .

ففى هاتين الحالتين يترتب على التسليم نقل الملكية فى الحال دون انتظار دفع الثمن .

المبحث الرابع

فى الآثار الطبيعية لعقد البيع

٤٥٢ — *تمهيد* : يمكن دراسة الالتزام بالضمان مستقلا عن الآثار الأخرى للبيع لأنه ليس من الآثار الجوهرية للعقد كالتزام المشترى بدفع الثمن أو التزام البائع بالتسليم . فيمكن تصور قيام عقد البيع مع اشتراط عدم الضمان . ويرجع السبب فى ذلك إلى أن التزام البائع بالضمان من الآثار الطبيعية لعقد البيع ، فهو وإن نشأ عن البيع ذاته إلا أنه لا يشترط توافره لقيام العقد . بل إن هذا الالتزام لم ينشأ فى القديم عن عقد البيع ذاته بل كان ينشأ إما من الجريمة أو من اشتراطه على البائع بعقد مستقل . ولم يعتبر الالتزام بالضمان من آثار عقد البيع إلا منذ العصر العلمى إذ اعتبر منذ هذا العهد التزاماً من التزامات حسن النية مؤيداً بالدعوى الناشئة عن عقد البيع . ويشمل الالتزام بالضمان أمرين :

١ — ضمان استحقاق المبيع (garantie d'éviction) ٢ — ضمان العيوب الخفية (garantie des vices cachés) .

§ ١ — ضمان الاستحقاق

هذا الالتزام متمم لالتزام البائع بالتسليم . وهو عبارة عن أن يضمن البائع للمشترى بقاء الشيء المبيع فى يده ، بحيث يجب عليه تعويضه إذا نزع منه بناء على حكم قضائى ، سواء كان ذلك نتيجة رفع دعوى الاسترداد من المالك الحقيق أو دعوى الرهن من الدائن المرتهن بطلب بيعه سداداً لدينه .

ولكن كيف نشأ هذا الالتزام وما هى شروطه وأحكامه ؟

٤٥٣ — **دعوى الضمان** (actio auctoritatis) : كان هذا الالتزام فى القديم مقصوراً على البيع بالاشهاد (mancipatio) . فاذا ما استحق المبيع اعتبر البائع كأنه قد ارتكب جريمة نحو المشترى فى بيعه مالا يملك ، وكان للمشترى الرجوع عليه بدعوى جنائية بالضعف تسمى دعوى الضمان (actio auctoritatis). ذلك أنه إذا رفعت على المشترى دعوى باسترداد المبيع كان له الرجوع على بائعه بالضمان ومطالبته بالحضور فى الدعوى والدفاع عنه ، فاذا امتنع عن الحضور أو لم يتمكن من إسقاط دعوى المسترد ، حكم عليه بدفع ضعف الثمن إلى المشترى .

وقد بقيت هذه الدعوى معمولا بها فى العصر العلمى فى حالة البيع بالاشهاد حتى زالت مع الاشهاد فى عصر جوستنيان .

٤٥٤ — **اشتراطات الضمان** : أما فى غير حالة البيع بالاشهاد ، فقد كان البائع غير ملزم بضمان المبيع فيما إذا استحق للغير . لذلك اضطر الأفراد لحماية حقوقهم إلى اشتراط هذا الضمان على البائع فى عقد شفوى يلحق بعقد البيع الأصلى . وقد جرى العرف على استعمال نوعين من المشارطات الشفوية لتحقيق هذا الغرض : المشارطة بالضعف (stipulatio duplae) والمشارطة المسماة (stipulatio rem habere licere) . وجرى العرف باستعمال المشارطة الأولى (أى بالضعف) فى بيع الأموال النفيسة بغير طريق الاشهاد وفى بيع الأموال الثمينة وبمقتضاها

يتعهد البائع برد ضعف الثمن فى حالة استحقاق المبيع للغير . واستخدمت صورة المشارطة الثانية فى حالة بيع الأشياء غير النفيسة أو الثمينة وفيها يضمن البائع للمشترى بقاء المبيع تحت يده ، فاذا استحق للغير وجب عليه تعويض المشترى عن قيمة الضرر .

لكن يلاحظ أن التزام البائع بالضمان فى الأحوال المتقدمة لا ينشأ عن البيع وإنما عن الأشهاد أو عن الاشتراط وهو عمل مستقل عن عقد البيع .

٤٥٥ — **التعهد بالضمان يصبح اجباريا على البائع** : وفى القرن الأول من الميلاد وبفضل ظهور فكرة حسن النية ، صار هذا التعهد بالضمان سواء بالضعف أو بقيمة الضرر واجباً على البائع ، بمعنى أن للمشترى رفع دعوى الشراء على البائع للحصول منه على هذا التعهد وذلك فى الأحوال التى تعورف فيها ذلك .

٤٥٦ — **التعهد بالضمان يصبح مفروضا على البائع ولو لم يتعهد به** : وأخيراً صار التعهد بالضمان مفروضاً على البائع ولو لم يتعهد به بالفعل إما بضعف الثمن فى الأشياء التى تعورف فيها ذلك وإما بقيمة الشىء المبيع يوم استرداده فى بيع الأشياء الأخرى . وبذلك صار إلتزام البائع بالضمان مندمجاً فى عقد البيع وناشئاً عنه باعتباره أثراً من آثار العقد دون حاجة إلى الاتفاق عليه صراحة أو اشتراطه على البائع فى العقد .

٤٥٧ — **التزام البائع بالضمان فى عهد جوستنيان** : وقد تم التطور المتقدم قبل عهد جوستنيان بزمن طويل وقبل نهاية العصر العلمى وأصبح التزام البائع بالضمان ناشئا عن عقد البيع وتحميه دعويان دعوى التعهد بالضعف (actio ex stipulatu duplae) فى بيع الأشياء التى تعورف فيها اشتراط الضعف ودعوى الشراء (actio empti) بقية الضرر فى غيرها . أما دعوى الضمان (actio auctoritatis) فقد زالت بزوال الاشهاد كما أن المشارطة (rem habere licere) بطل العمل بها اكتفاء بدعوى الشراء التى كانت تضمن للمشترى حقه فى التعويض فى حالة استحقاق المبيع .

وتختلف الدعويان المذكورتان ، دعوى المشارطة بالضعف ودعوى الشراء ، عن بعضهما البعض من الأوجه الآتية :

أولا — من حيث الموضوع : فموضوع الدعوى الأولى ، وهى دعوى المشارطة بالضعف ، معين المقدار وهو ضعف الثمن المقدر فى العقد ، بخلاف دعوى الشراء فموضوعها غير معين ، إذ المشترى لا يطالب بمبلغ معين المقدار وإنما يطالب بتعويضه عن الضرر الذى لحقه من جراء استحقاق المبيع ، ويقدر التعويض عادة بالرجوع إلى قيمة المبيع وقت الاسترداد ، فقد يكون أقل من الثمن المقدر فى العقد فيما لو نقصت قيمة المبيع بعد البيع ، وقد يكون أزيد منه فيما لو زادت قيمة المبيع وقت الاسترداد . على أن جوستنيان عين الحد الأقصى لمبلغ التعويض الذى قد يحكم به فى دعوى الشراء بضعف الثمن بحيث لا يمكن أن يزيد عن الضعف بحال من الأحوال .

ثانيا — من حيث شروط نشوء كل منهما : تنشأ دعوى الشراء (actio empti) عن عقد البيع ذاته دون الحاجة إلى الاتفاق خصيصاً على الضمان ، بناء على أن للمشترى الحق فى الحصول على المبيع والاحتفاظ به فى مقابل الثمن الذى دفعه ، بحيث إذا نزع منه بسبب استحقاقه للغير كان له الحق فى التعويض . بخلاف دعوى المشارطة بالضعف ، فإنها كانت تستلزم اشتراط الضعف من البائع ؛ على أن هذا الاشتراط كما رأينا صار ضمنياً ومفروضاً على البائع فى كل الأحوال التى جرى العرف على اشتراطه فيها . فكأن الخلاف بين الدعويين مقصور على الأحوال التى لم يجر فيها العرف على اشتراط الضعف ، وهى حالة بيع الأشياء غير الثمينة ، أو فى البلاد التى لم يتعارف فيها ذلك ، ففى هذه الأحوال لا يكون للمشترى عند استحقاق المبيع سوى دعوى الشراء ليطالب البائع بتعويض الضرر الذى أصابه من جراء حرمانه من المبيع .

ثالثا — من حيث شروط استعمال كل منهما : فيشترط لاستعمال دعوى المشارطة بالضعف أن يكون المبيع كله أو بعضه قد استحق من المشترى بناء على

حكم قضائى . فيجب أن تكون قد رفعت عليه دعوى وأن يكون قد فشل فيها بأن يكون قد اضطر إلى رد الشيء بناء على أمر القاضى (judicis arbitratus) أو رد قيمته ، وأن تكون الدعوى قد رفعت باسترداد المبيع ذاته كله أو بعضه فلا يكفى لرفع دعوى المشارطة بالضعف أن يكون المستحق شيئاً من الملحقات أو الحاصلات ، وأن يكون قد ترتب على هـذه الدعوى حرمانه من المبيع فعلا فاذا احتفظ بالمبيع لأى سبب آخر غير البيع ولكن بعد ثبوت استحقاق الغير له سواء كان ذلك بناء على إيصاء هـذا الغير الشيء إليه أو هبته إياه فلا حق له فى رفع الدعوى الناشئة عن المشارطة بالضعف .

وهذا بخلاف دعوى الشراء . فيجوز للمشترى استعمالها فى كل الأحوال متى كان عدم احتفاظه بالمبيع تحت يده راجعاً إلى سبب آخر غير عقد البيع ، كالهبة أو الوصية من المالك الحقيق . كذلك يجوز الرجوع على البائع بالضمان بدعوى الشراء فى حالة استحقاق شيء من ملحقات المبيع أو حاصلاته ، ومطالبته بتعويض عما استحق منها .

٤٥٨ — **القواعد العامة الشاملة للدعويين المتقدمتين** : على أن هناك قواعد عامة تسرى على كل من الدعويين تمكن حصرها فيما يأتى :

أولا — يشترط لاستعمال كل من الدعويين أن يكون قد لحق المشترى ضرر ، فان لم يلحقه ضرر حقيقى فلا دعوى . مثال ذلك أن يكون المبيع قد هلك قبل رفع أية دعوى عليه . وكذلك إذا كان الضرر تافهاً كأن يكون قد ظهر حق ارتفاق للغير على العقار المبيع ، فاذا كان البائع حسن النية أى يجهل حق الغير عليه وقت البيع ولم يشترط عليه المشترى فى العقد خلو العقار من كل حق للغير عليه فلا يسأل عن ظهور حق الارتفاق المذكور .

ثانياً — أن يكون الضرر راجعاً إلى انتفاء حق البائع فى المبيع ، أى أن يكون الاستحقاق ناشئاً عن عدم ملكية البائع للمبيع . فاذا استحق المبيع نتيجة خطأ أو تقصير من المشترى فلا ضمان . كأن يكون المبيع قد استحق لاهمال المشترى

فى وضع اليد على المبيع واكتساب ملكيته بالتقادم ، أو لاهماله فى إخطار البائع بدعوى الاسترداد المرفوعة عليه حتى يمكنه من الدفاع عنه إذ قد يكون لدى البائع من الدفوع التى تسقط دعوى المسترد ويجهلها المشترى .

ثالثا — يشترط أيضاً لاستعمال كل من الدعويين أن لا يكون الطرفان قد اتفقا على عدم ضمان البائع المبيع . إلا أن هذا الاتفاق يقع باطلا ولا يبرئ البائع من الضمان فى حالة غشه أى إذا كان عالماً بسبب الاستحقاق أو كان الاستحقاق ناشئا عن فعله .

رابعا — وأخيرا قد يغنى عن استعمال الدعويين المذكورتين الدفع بالشىء المبيع والمسلم (exceptio rei venditæ et traditæ) فى حالة ما إذا كانت دعوى الاسترداد مرفوعة من البائع نفسه فيما إذا كان اكتسب الملكية بعد البيع أو من أحد خلفائه .

§ ٢ — ضمان العيوب الخفية

لا يضمن البائع فى عصر جوستنيان للمشترى استحقاق المبيع للغير فقط بل يضمن له أيضا خلو المبيع من العيوب التى تجعله ضاراً أو غير صالح للاستعمال فيما أعد له . ولهذا الضمان شروط :

(الأول) أن يكون العيب خفيا لأنه لو كان ظاهراً واشترى المشترى المبيع فهو قابل عيبه ولو لم يلتفت إليه وقت العقد إذ يعتبر مقصراً .

(الثانى) أن يكون العيب مما ينقص من قيمة المبيع التى اعتبرها المشترى حين العقد أو يجعله غير صالح للاستعمال فيما أعد له .

(الثالث) أن لا يكون العيب معلوما للمشترى حين العقد ، سواء كان معلوماً للبائع أو غير معلوم له لأن الشخص مفروض فيه أنه يعلم حالة ماله .

(الرابع) أن يكون العيب قديما وهو الموجود فى المبيع حين العقد .

وضمان البائع للعيوب الخفية كالتزامه بضمان استحقاق المبيع للغير لم يكن

مقرراً فى الأصل كأثر من آثار عقد البيع وإنما تقرر مستقلا عن عقد البيع ثم أدمج فى عقد البيع نتيجة لتطور طويل يمكن دراسته فى أدوار ثلاثة : فى القانون القديم ، ثم فى منشور حكام الأسواق ، وأخيراً فى القانون الحديث .

٤٥٩ — **الدور الأول . فى القانون القديم** : لم يكن البائع فى القانون المدنى القديم (jus civile) ملزما بتعويض المشترى عن العيوب التى تظهر فى المبيع . فلم يكن للمشترى بطريقة الاشهاد من دعوى للرجوع على البائع سوى دعوى الضمان (actio auctoritatis) الخاصة بحالة استحقاق المبيع ودعوى بالضعف (actio de modo agri) فى حالة ظهور عجز فى مساحة الأرض المبيعة كما قررها البائع فى الاشهاد . ويمكن اعتبار الدعوى الأخيرة تجاوزا أنها متعلقة بعيب فى العقار ناشىء عن ظهور عجز فى المساحة المبينة فى العقد . كذلك كان للمشترى فى حالة شرائه أرضا بطريقة الاشهاد واشتراطه خلو العين من حقوق الغير عليها الرجوع على البائع بدعوى الضمان (actio auc oritatis) فى حالة ظهور حق ارتفاق عليها للغير .

أما فيما عدا ما تقدم وفيما يتعلق بالعيوب الحقيقيـة فى العقار أو فى المبيعات الأخرى كالعبيد والحيوانات الخ فلم يكن للمشترى أى دعوى للرجوع على البائع بالضمان بسبب ظهور عيب فى المبيع .

لذلك لجأ الأفراد إلى حماية حقوقهم باشتراط هذا الضمان فى صورة عقد شفوى يلحقونه بالاشهاد إذا تم البيع بهذه الطريقة ، أو يدمجونه فى تعهد البائع بضمان استحقاق المبيع فيصبح تعهده بالضمان شاملا الاستحقاق والعيوب الخفية سواء حصل هذا التعهد بطريق المشارطة بالضعف (stipulatio duplae) فى بيع الأشياء النفيسة أو الثمينة أو بقيمة الضرر وحده (stipulatio rem hebere licere) فى بيع الأشياء الأخرى .

ويلاحظ مما تقدم أن التزام البائع بضمان العيوب الخفية كالتزامه بضمان الاستحقاق نشأ فى الأصل من عمل مستقل عن عقد البيع . فكان لا بد حينئذ

من ادماجه فى عقد البيع حتى يمكن اعتباره من آثاره ، وقد تم ذلك بتعميم النظام الذى اتبعه حكام الأسواق فى البيوع الخاضعة لاشرافهم ، وهى بيوع الرقيق والدواب .

٤٦٠ — **الدور الثانى . منشور حكام الأسواق** : كان لحكام الأسواق (édiles curules) الاشراف على النظام داخل الأسواق الخاضعة لسلطتهم ، ومراقبة البيوع التى تتم بها وهى الخاصة بالعبيد والدواب . وقد اهتم هؤلاء الحكام بحماية مصالح المشترين وضمان حقوقهم فى حالة ظهور عيوب خفية فى المبيع . فألزموا البائع على إظهار العيوب الموجودة بالمبيع ، بحيث إذا أغفل ذكرها أو كان جاهلا لها كان للمشترى عند ظهور أحد العيوب الرجوع عليه باحدى دعويين : دعوى بطلب الفسخ (actio redhibitoria) واسترداد ضعف الثمن وذلك فى خلال ٦ أشهر من ظهور العيب ، ودعوى بطلب إنقاص الثمن (actio quanti minoris) وذلك فى خلال سنة من ظهور العيب .

٤٦١ — **الدور الثالث . تعميم النظام المتقدم فى كل البيوع** : كان النظام المتقدم كافيا لضمان حقوق المشترى ، ولكنه كان مقصورا على بيع العبيد أو الدواب داخل الأسواق . فبقيت البيوع الخاصة بالأشياء الأخرى والتى لا تتم داخل الأسواق المذكورة خاضعة للقواعد العامة المتقدمة ، والتى تجعل البائع غير ملزم بتعويض المشترى عما يظهر فى المبيع من العيوب الخفية ما لم يشترط عليه ذلك .

إلا أنه كان للمشترى منذ القرن السابق على الميلاد الرجوع على البائع بدعوى الشراء (actio empti) لمطالبته بالتعويض فى حالة ظهور عيب قرر البائع خلو المبيع منه حين العقد أو أغفل ذكره إلى المشترى ، وذلك بناء على أن عقد البيع عقد من عقود حسن النية يجب فيه على كل من الطرفين أن يمتنع عن الغش أو التدليس فى تعامله مع الآخر .

وأخيراً عمم النظام المتقدم الخاص ببيع العبيد والدواب على كل البيوع

الأخرى ، بحيث أصبح للمشترى فى حالة ظهور عيب فى المبيع الخيار بين استعمال دعوى الشراء (actio empti) ، أو احدى الدعويين السابق الكلام عليهما ، وهما دعوى الفسخ (actio redhibitoria) ودعوى إنقاص الثمن (actio quanti minoris) .

المبحث الرابع

فى الآثار العرضية لعقد البيع

٤٦٢ — قد يتفق الطرفان على تعديل الآثار المتقدمة إلى حد ما باتفاقات مستقلة يلحقونها بعقد البيع كما فى الأمثلة الآتية :

١ — بيع التجربة (vente à l'éssai) أو (pactum displicentiae) : بمقتضى هذا الاتفاق يجوز للمشترى الرجوع فى عقد البيع ورد المبيع إلى البائع فى المدة المعينة للتجربة إذا ظهر عدم موافقة المبيع للغرض الذى قصده منه .

٢ — بيع الوفاء (vente à réméré) أو (pactum de retrovendendo) بمقتضى هذا الاتفاق يجوز للبائع استرداد المبيع فى خلال مدة معينة بشرط رد الثمن الذى قبضه والمصاريف .

٣ — الشرط الفاسخ (Lex commissoria) بمقتضاه يحتفظ البائع لنفسه بحق فسخ البيع فى حالة دفع المشترى الثمن فى مدة معينة .


Bibliotheca Alexandrina
05888527